

UiO • Det juridiske fakultet

Fortrinnsretten etter aml. § 14-2

- en presentasjon av fortrinnsretten og virkningene av brudd på reglene.

Kandidatnummer: 515

Leveringsfrist: 25.11.2014

Antall ord: 16 121



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING.....	1
1.1	Presentasjon av problemstilling og avgrensning.....	1
2	BEGREPSAVKLARING OG RETTSKILDEBILDET.....	4
2.1	Begrepsavklaring	4
2.1.1	Arbeidstakerbegrepet.....	4
2.1.2	Virksomhetsbegrepet.....	5
2.1.3	Stillingsvernbegrepet.....	6
2.2	Historikk - Rettskildebildet.....	7
3	ARBEIDSGIVERS PLIKT TIL Å TILBY NY STILLING - FORTRINNSRETTE.....	11
3.1	Om bestemmelsen i arbeidsmiljøloven § 14-2 første ledd.....	11
3.1.1	Historie og bakgrunn	11
3.1.2	Hvem har fortrinnsrett?	11
3.1.3	Nærmere om aml. § 14-2 første ledd.....	12
3.1.4	Ny ansettelse i virksomheten.....	21
4	FORTRINNSRETT FOR MIDLERTIDIG ANSATTE.....	24
4.1	Om bestemmelsen i arbeidsmiljøloven § 14-2 annet ledd	24
4.1.1	Historie og bakgrunn	24
4.1.2	Vilkåret om midlertidig ansettelse, jf. arbeidsmiljøloven § 14-9.....	24
4.1.3	Nærmere om arbeidsmiljøloven § 14-2 annet ledd	25
5	FORMELLE VILKÅR FOR FORTRINNSRETT (TREDJE OG FJERDE LEDD)	29
5.1	Innledning	29
5.2	Om arbeidsmiljøloven § 14-2 tredje ledd	29
5.3	Om arbeidsmiljøloven § 14-2 fjerde ledd	30
6	BORTFALL AV ARBEIDSTAKERS FORTRINNSRETT	32

6.1	Om bestemmelsen i arbeidsmiljøloven § 14-2 femte ledd.....	32
6.1.1	Historie og bakgrunn	32
6.1.2	Nærmere om arbeidsmiljøloven § 14-2 femte ledd	32
6.1.3	Hva er "passende stilling"?.....	34
6.1.4	Sammenhengen med arbeidsmiljøloven § 14-1 - har arbeidsgiver en informasjonsplikt?	36
7	UTVELGELSESKRITERIENE.....	39
7.1	Om bestemmelsen i arbeidsmiljøloven § 14-2 sjette ledd	39
7.1.1	Historie og bakgrunn	39
7.1.2	Nærmere om arbeidsmiljøloven § 14-2 sjette ledd.....	39
7.1.3	Utvelgelseskriteriene	40
7.1.4	Prioritet mellom fortrinnsberettigede	41
8	FORTRINNSRETT VED VIRKSOMHETSOVERDRAGELSE.....	43
8.1	Kort om virksomhetsoverdragelse jf. arbeidsmiljøloven § 16-1	43
8.2	Reservasjonsrett og fortrinnsrett ved virksomhetsoverdragelse jf. arbeidsmiljøloven § 16-3	43
9	FORTRINNSRETTEN SOM BEGRENSNING I ARBEIDSGIVERS STYRINGSRETT	49
9.1	Kort om arbeidsgivers styringsrett.....	49
9.2	Om fortrinnsretten som begrensning i styringsretten.....	49
10	KVALIFIKASJONSKRAVENE SETT I SAMMENHENG	51
10.1	Sammenlikning	51
11	VIRKNINGENE AV BRUDD PÅ FORTRINNSRETTEN	52
11.1	Rett til dom for ansettelse, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 første ledd.....	53
11.2	Rett til erstatning, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 annet ledd.....	56
12	AVSLUTNING	57
12.1	Fortrinnsretten som virkemiddel for å forhindre omgåelse av oppsigelsesinstituttet	57
12.2	Effekten av fortrinnsretten	57

13	LITTERATURLISTE	60
13.1	Norsk lov.....	60
13.2	Svensk lov.....	60
13.3	Avtaler.....	60
13.4	Forarbeider.....	61
13.5	Rettspraksis.....	61
13.5.1	Høyesterett.....	61
13.5.2	Underrettsavgjørelser.....	61
13.6	Internasjonal rett	62
13.7	Litteratur	62
13.8	Nettsider.....	63

1 Innledning

1.1 Presentasjon av problemstilling og avgrensning

Oppgavens tema er en presentasjon av arbeidstakers fortrinnsrett etter reglene i arbeidsmiljøloven § 14-2. Fortrinnsrett er den rett en arbeidstaker, som har blitt sagt opp på grunn av virksomhetens forhold, har til ny ansettelse i samme virksomhet hvor ny stilling er tilgjengelig. Oppgaven vil gjennomgå den gjeldende bestemmelsen, inkludert hovedregel og unntak, tilknyttede arbeidsrettslige problemstillinger, samt virkningene av brudd på fortrinnsretten.

Skiftende samfunnsmessige og økonomiske forhold kan nødvendiggjøre omstillinger fra arbeidsgivers side for å trygge virksomheten økonomisk. Slike omstillinger kan bestå av driftsinnskrenkninger og oppsigelser. Fortrinnsrett til ny ansettelse er en særskilt rettighet for arbeidstaker i slike tilfeller. Formålet er å bidra til effektivt stillingsvern.¹

Reglene om fortrinnsrett skal trygge arbeidstakers posisjon i situasjoner hvor en arbeidsgiver ser en anledning til å spare penger ved å redusere antallet ansatte, eventuelt også å bytte ut en arbeidstaker til en som er bedre kvalifisert. Fortrinnsretten skal også sikre at virksomheten i en nedbemanningsprosess får mulighet til å ta vare på den kompetansen som det faktisk er behov for etter omstillingsprosessen.² Oppgaven vil også behandle hvorvidt fortrinnsretten faktisk verner en arbeidstaker i en omstillingsprosess.

Arbeidsgivers plikt til å tilby ny stilling i henhold til bestemmelsens første ledd, utgjør hovedregelen for fortrinnsrett. Hovedregelen vil i punkt 3 bli presentert med utgangspunkt i lov, og det vil bli drøftet hva som ligger i kravet til kvalifikasjon for arbeidstaker.

Arbeidsmiljøloven § 14-2 annet ledd omhandler *fortrinnsrett for midlertidig ansettelse*. Bestemmelsen presiserer at arbeidstakere som ikke får fortsatt ansettelse, har fortrinnsrett på gitte vilkår. Problemstillingene knyttet til denne gruppen arbeidstakere blir behandlet i punkt 4.

¹ Ot.prp. nr. 49 (2004-05) s. 223

² Ot.prp.nr.41 (1975-76) s. 27 og Ot.prp.nr.49 (2004-05) s. 222

Det oppstilles *formelle rammer for fortrinnsretten* i arbeidsmiljølovens § 14-2 tredje og fjerde ledd. Arbeidstaker må ha vært ansatt i virksomheten over en nærmere angitt periode og varigheten av fortrinnsretten er begrenset. Disse formelle rammene for fortrinnsretten blir behandlet i oppgavens punkt 5.

Bortfall av fortrinnsretten behandles i punkt 6. Fortrinnsrettshaver må akseptere tilbudet om en passende stilling innen en gitt frist.³ Konsekvensen av at tilbudet ikke aksepteres er at arbeidstaker mister sin fortrinnsrett til ny stilling. I tilknytning til bortfall av fortrinnsretten er arbeidsgivers plikt til å informere om ledige stillinger i virksomheten.⁴ Sammenhengen behandles også i punkt 6.

I de tilfeller det finnes flere fortrinnsberettigede til en stilling, skal prioriteten dem i mellom, etter § 14-2 sjette ledd, avgjøres ut fra "de samme regler for utvelgelse som de som gjelder ved oppsigelser på grunn av driftsinnskrenkning eller rasjonaliseringstiltak".⁵ *Kriteriene for utvelgelse* behandles i punkt 7.

Nedbemanning skjer ofte i tilknytning til virksomhetsoverdragelse. Ved tilfeller av virksomhetsoverdragelse kommer problemstillingen om arbeidstakers fortrinnsrett ofte på spissen. Reglene om *fortrinnsrett ved virksomhetsoverdragelse* finnes i arbeidsmiljøloven kapittel 16 og behandles i punkt 8 ettersom det er en praktisk viktig side av fortrinnsrettsinstituttet.

Arbeidsgivers styringsrett spiller inn ved flere sider av et ansettelsesforhold. Fortrinnsretten snevrer inn arbeidsgivers handlingsrom. I punkt 9 behandles *fortrinnsretten som begrensning i arbeidsgivers styringsrett*.

Arbeidsmiljøloven § 14-2 første og femte ledd oppstiller tilsynelatende begge to krav til arbeidstakers kvalifikasjoner. Det anvendes imidlertid forskjellige begreper. I oppgavens punkt 10 *sammenliknes kvalifikasjonskravene*.

³ Arbeidsmiljøloven (2005) § 14-2 femte ledd

⁴ Arbeidsmiljøloven (2005) § 14-1

⁵ Arbeidsmiljøloven (2005) § 14-2 sjette ledd

Dersom arbeidsgiver bryter reglene om fortrinnsrett får dette virkning for arbeidstaker. Problemstillingen om hvorvidt arbeidstaker har rett til dom for ansettelse og/eller erstatning etter arbeidsmiljøloven § 14-4 behandles i forlengelsen av fortrinnsretten. *Virkningen av brudd på fortrinnsretten* presenteres i punkt 11.

Avslutningsvis behandles *fortrinnsretten som virkemiddel for å forhindre omgåelse av oppsigelsesinstituttet*. Hvilken effekt har egentlig fortrinnsretten i praksis. Dette behandles i punkt 12.

Arbeidsmiljøloven § 14-2 syvende og åttende ledd omhandler tilfeller hvor virksomheten går konkurs. Det avgrenses mot å behandle disse problemstillingene i oppgaven.

2 Begrepsavklaring og rettskildebildet

2.1 Begrepsavklaring

2.1.1 Arbeidstakerbegrepet

Arbeidsmiljølovens definisjon av begrepet arbeidstaker følger av § 1-8:

"Med arbeidstaker menes i denne lov enhver som utfører arbeid i annens tjeneste".⁶

Det er denne gruppen som beskyttes i loven, og formuleringen er tilsvarende den i 1977-loven.⁷ Forarbeidene fremhever at arbeidstaker står i et avhengighetsforhold til arbeidsgiver og at det dermed oppstår "et organisatorisk avhengighetsforhold som innebærer underordning i forhold til arbeidsgiver."⁸ Avhengighetsforholdet arbeidstakere står i er en bakgrunn for at arbeidstakere anses å ha behov for vern og dermed begrunnelsen for at noen grupper faller utenfor arbeidstakerbegrepet.

Avveiningen av hvem som anses å være arbeidstaker gjøres ofte for å vurdere hvorvidt man vernes av arbeidsmiljøloven. Dette beror på om arbeidstakers tilknytning til arbeidsgiver har karakter av å være et ansettelsesforhold.⁹ Selvstendig næringsdrivende, oppdragstakere og konsulenter er ikke å regne som arbeidstakere.¹⁰ Det har gjennom rettspraksis utviklet seg kriterier som skal tas i betraktning ved vurderingen. Listen med kriterier er ikke uttømmende, vurderingen må altså gjøres konkret i det enkelte tilfelle. Det er "de underliggende forhold"¹¹ som skal ligge til grunn for resultatet av vurderingen. En arbeidsgiver kan ikke hevde seg fritatt fra arbeidsgiveransvar ved å henvise til en systematisk gjennomgang av kriteriene dersom det finnes andre tungtveiende momenter som peker i en annen retning.

⁶ Arbeidsmiljøloven (2005) § 1-8

⁷ Arbeidsmiljøloven (1977) § 3 nr. 1

⁸ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 73

⁹ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 73

¹⁰ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 73

¹¹ *Arbeidsmiljøloven. Kommentartutgave* (2013) s. 63

2.1.2 Virksomhetsbegrepet

I arbeidsmiljølovens § 1-2 presiseres det at lovens virkeområde er "virksomhet som sysselsetter arbeidstaker".¹² I de opprinnelige arbeidervernlovene¹³ ble begrepet "bedrift" brukt i stedet for "virksomhet". Med 1977-loven ble dette endret uten at noen realitetsendring var tilsiktet.¹⁴ Begrepet bedrift ble allerede fra tidligere tolket utvidende til også å omfatte eksempelvis den offentlige forvaltning som arbeidsgiver.¹⁵

Det ovennevnte er ingen legaldefinisjon av virksomhetsbegrepet. Arbeidslivslovutvalget¹⁶ uttalte følgende om gjeldende rett når det gjelder ansettelse i "samme virksomhet"¹⁷:

*"Hovedregelen er at arbeidstakers rettigheter er knyttet til den enkelte virksomhet. Som alminnelig regel vil avgrensningen av virksomhetsbegrepet falle sammen med det rettsubjekt som er arbeidsgiver."*¹⁸

Det følger av juridisk litteratur at samme virksomhet normalt vil være det rettssubjekt som arbeidstaker tidligere har vært ansatt i. Rettssubjektet kan være forskjellige typer sammenlutninger som kommuner, frivillige organisasjoner eller AS. Fortrinnsretten vil gjelde overfor samme juridiske person som er part i arbeidsavtalen og er ikke begrenset til samme avdeling i virksomheten hvor arbeidstaker tidligere var ansatt.¹⁹ En snevrere fortolkning av virksomhetsbegrepet, som medfører noe annet enn at arbeidsgivers samlede virksomhet er omfattet, må ha et særskilt grunnlag.²⁰ I konsernforhold er ulike virksomheter knyttet sammen gjennom eierforholdet. Tilknytningen virksomhetene mellom må vurderes for å klarlegge hvorvidt konsernet er å anse som én og samme virksomhet, eller adskilte virksomheter.

¹² Arbeidsmiljøloven § 1-2 første ledd

¹³ Arbeidervernlovene av 1936 og 1956

¹⁴ Ot.prp. nr. 3 (1975-1976) s. 101

¹⁵ Ot.prp. nr. 3 (1975-1976) s. 101

¹⁶ NOU 2004:5 s. 148

¹⁷ Arbeidsmiljøloven (2005) § 14-2 første ledd

¹⁸ NOU 2004:5 s. 148

¹⁹ *Arbeidsrett.no. Kommentarer til arbeidsmiljøloven* (2011) s. 759

²⁰ NOU 2004:5 s. 149

En virksomhet må ha en viss grad av varighet og organisasjon for å omfattes av virksomhetsbegrepet.²¹

2.1.3 Stillingsvernbegrepet

I motsetning til de tidligere begrepene som avklares i kapittel 2.1., så er ikke stillingsvernbegrepet brukt i § 14-2. Begrepet avklares likevel, ettersom fortrinnsretten til dels anses å falle inn under. Stillingsvern er en samlebetegnelse for det konkrete vernet arbeidstakere har for å sikre sin stilling etter arbeidsmiljøloven, og fremstår ulikt avhengig av hva slags ansettelsesforhold arbeidstaker har. Vern mot usaklig oppsigelse, avskjed og permittering omfattes av begrepet. Reglene om oppsigelsesfrister verner også om arbeidstaker sin stilling og omfattes derfor av begrepet. Vernet kommer til uttrykk ved at arbeidsgiver kun kan bringe et arbeidsforhold til opphør etter reglene i lovens kapittel 15.²²

Oppsigelsesvernet ble etablert ved arbeidervernloven av 1936 og ble utviklet i tråd med utviklingen ellers i samfunnet. Opprinnelig bygget oppsigelsesvernet på den oppfatning at arbeidstaker, som den svakere part i arbeidsforholdet, hadde behov for et sterkere vern.²³

Etter dagens regler kan en arbeidstaker ikke sies opp uten at det er saklig begrunnet i virksomhetens, arbeidsgiverens eller arbeidstakerens forhold.²⁴ Det må foretas en individuell vurdering, som baseres på en avveining mellom arbeidstakers og arbeidsgivers behov, for å avgjøre om oppsigelsen er saklig begrunnet.²⁵ Skyldes oppsigelsen driftsinnskrenkninger eller rasjonaliseringstiltak er den ikke saklig dersom det finnes annet passende arbeid i virksomheten som arbeidsgiver kan tilby.²⁶ Regelen om fortrinnsrett kan på bakgrunn av dette anses å være en utvidelse av omplasseringsplikten arbeidsgiver har. Fortrinnsretten er imidlertid på selvstendig grunnlag en del av stillingsvernet. Dette følger blant annet av arbeidsgivers plikt

²¹ NOU 2004:5 s. 149

²² *Arbeidsrett.no. Kommentarer til arbeidsmiljøloven* (2011) s. 886

²³ Ot.prp. nr. 41 (1975-1976) s. 13

²⁴ *Arbeidsmiljøloven* (2005) § 15-7

²⁵ *Arbeidsmiljøloven. Kommentartutgave* (2013) s. 792

²⁶ *Arbeidsmiljøloven* (2005) § 15-7 annet ledd

til å informere arbeidstaker om fortrinnsrett ved oppsigelse etter arbeidsmiljøloven § 15-4.²⁷ Oppfyller ikke arbeidsgiver denne plikten kan det medføre at oppsigelsen er ugyldig.²⁸

2.2 Historikk - Rettskildebildet

Opprinnelig ble fortrinnsretten innført med vedtakelsen av den gamle arbeidsmiljøloven av 4. februar 1977 § 67. Regelen i nåværende arbeidsmiljølov av 17. juni 2005 § 14-2 er en videreføring av den gamle lovbestemmelsen i § 67. Forarbeidene og praksis til den tidligere arbeidsmiljøloven er derfor fremdeles relevant. Det sentrale forarbeidet er Ot.prp. nr. 41 (1975-1976).

I 1995 kom det endringer til 1977-loven.²⁹ De endringene som i denne sammenheng er naturlig å nevne er at åremålsansatte kom inn under reglene om fortrinnsrett³⁰ og at midlertidig ansatte ble stilt på lik linje med faste ansatte ved at midlertidig ansatte ikke lenger behøver å varsle ønsket om fortrinnsrett³¹. Arbeidstakere som har akseptert tilbud om redusert stilling i stedet for oppsigelse fikk etter lovendringen fortrinnsrett³². Samtidig ble det innført regler om tidspunktet for når fortrinnsrett inntreffer³³, og for når tidspunktet for ett-års fristen³⁴ skal regnes fra. Dagens regler om virkninger av brudd på fortrinnsretten³⁵ kom også inn ved denne lovendringen og er i 2005-loven plassert i en egen bestemmelse. Til slutt nevnes at bestemmelsen om prioritet ved oppbemanning dersom flere arbeidstakere har fortrinnsrett³⁶, var ny etter 1995, sammen med reglene i dagens syvende og åttende ledd³⁷ som jeg ikke går nærmere inn på. For øvrig medførte denne lovendringen noe omrokking av bestemmelsens ulike ledd.

²⁷ Arbeidsmiljøloven (2005) § 15-4 annet ledd

²⁸ Arbeidsmiljøloven (2005) § 15-5 første ledd

²⁹ Ot.prp. nr. 50 (1993-1994) s. 239

³⁰ Arbeidsmiljøloven (2005) § 14-2 første ledd

³¹ Arbeidsmiljøloven (2005) § 14-2 annet ledd

³² Arbeidsmiljøloven (2005) § 14-2 annet ledd

³³ Arbeidsmiljøloven (2005) § 14-2 femte ledd

³⁴ Arbeidsmiljøloven (2005) § 14-2 fjerde ledd

³⁵ Arbeidsmiljøloven (2005) § 14-4

³⁶ Arbeidsmiljøloven (2005) § 14-2 sjette ledd

³⁷ Arbeidsmiljøloven (2005) § 14-2 syvende og åttende ledd

Fortrinnsretten representerte en videreføring av den plikten arbeidsgiver fra før hadde til å vurdere omplassering før oppsigelse av en arbeidstaker.³⁸ Følgende var et av formålene med regelen som ble innført å styrke stillingsvernet. I forarbeidet uttales det:

*"Det viktigste formålet med bestemmelsen er at bedriftene ikke fritt skal kunne benytte seg av kortvarige driftsinnskrenkninger til å skifte ut arbeidsstokken, i tilfelle hvor dette ikke kunne skjedd ved saklig oppsigelse."*³⁹

Bestemmelsen bygger i utgangspunktet på Hovedavtalens § 9 nr. 2⁴⁰, ILO-rekommandasjon nr. 119⁴¹ og § 25 i den svenske "Lagen om anställningsskydd"⁴² (LAS).⁴³ Selve mønsteret ble hentet fra den svenske loven. Reglene der var imidlertid mer detaljerte og vernet gikk til dels lenger enn etter norsk rett. Eksempelvis fantes det i LAS regler om tidspunktet for når fortrinnsretten gjaldt fra, samt prioritetsregler mellom flere fortrinnsberettigede.⁴⁴ I de norske reglene kom dette først inn ved endringslov i 1995.⁴⁵

På arbeidsrettsområdet er det flere reguleringer fra EU som har direkte eller indirekte innflytelse på norsk rett. Fortrinnsrettsområdet er i liten grad direkte regulert gjennom EU-rett. Det finnes imidlertid direktiver som har betydning for fortrinnsretten. Direktiver som særlig vil bli nevnt i oppgaven er Rådskdirektiv 99/70/EF og Rådskdirektiv 98/50/EF.

Rådskdirektiv 99/70/EF⁴⁶ er særlig relevant ved vurderingen av regelen om tidsbegrensede ansettelser. Arbeidsmiljøloven § 14-1 ble vedtatt på bakgrunn av dette direktivet.⁴⁷ Direktivet forplikter statene til å informere midlertidig ansatte om ledige stillinger i virksomheten. Rege-

³⁸ NOU 1992:20 s. 194

³⁹ Ot.prp. nr. 41 (1975-1976) s. 27

⁴⁰ Hovedavtalen NAF-LO 1975

⁴¹ ILO-rekommandasjon nr. 119 (1963)

⁴² Lag om anställningsskydd (1982:80)

⁴³ Ot.prp. nr. 41 (1975-1976) s. 27

⁴⁴ NOU 1992:20 s. 195

⁴⁵ Endringslov til arbeidsmiljøloven m v (1995) § 67

⁴⁶ Rdir. 99/70/EF

⁴⁷ Arbeidsmiljøloven (2005) § 14-1

len i § 14-1 går imidlertid lenger, ettersom den forplikter arbeidsgiver til å informere alle ansatte om ledige stillinger.⁴⁸ Se punkt 6.1.4.

Rådskonferanse 98/50/EF⁴⁹, som avløser Rådskonferanse 77/187/EF⁵⁰, omhandler overdragelse av virksomhet og hele arbeidsmiljølovens kapittel 16⁵¹ bygger på disse direktivene. Dagens bestemmelser om virksomhetsoverdragelse ble sist endret i 2001 for å være i samsvar med EU-retten.

Avslutningsvis under punktet rettskildebildet nevnes kort et utvalg av de viktigste dommene på fortrinnsrettsområdet. Høyesterett sin dom i Rt. 2003 s. 1754 (Senior forskningsingeniør)⁵² har betydning ved vurderingen av kvalifikasjonskravene etter § 14-2 første ledd. Tvisten gjaldt fortrinnsrett for en forskningsingeniør som mistet jobben som en del av driftsinnskrenkning. Denne dommen ligger til grunn for lovgivers uttalelser om skillet mellom faglige og personlig kvalifikasjoner. En annen sentral dom er Rt. 2006 s. 1525 (Transocean).⁵³ Saken gjaldt en oljearbeider som etter å ha gått til sak for å motstride en oppsigelse som del av en nedbemanningsprosess inngikk et forlik der et vilkår for forliket var at arbeidstakeren frafalt et krav om gjeninntredelse. Saken belyser spørsmålet om avtale om opphør av arbeidsforhold står seg etter at oppsigelse er gitt og arbeidstaker har gått til søksmål. Løten-dommen i Rt. 1997 s. 1954⁵⁴ er sentral ved spørsmål som angår virksomhetsoverdragelse og nevnes i punkt 8. Saken gjaldt en privat drevet skolefritidsordning som ble nedlagt grunnet økonomiske vanskeligheter. De tidligere ansatte krevet fast ansettelse i den kommunale virksomheten som startet opp kort tid etter. Rt. 2000 s. 1602 (Nøkk)⁵⁵ omhandlet to utdannede skipsmaskinister som ble ansatt som maskinister på en brannbåt med lønn og grad som brannmestre. Tidligere hadde de vært ansatt som brannkonstabler i kommunen og spørsmålet var om kommunen med hjemmel i arbeidsgivers styringsrett kunne treffe vedtak om at arbeidstakerne skulle integreres

⁴⁸ Ot.prp. nr. 64 (2001-2002) s. 4

⁴⁹ Rdir. 98/50/EF (opphevet)

⁵⁰ Rdir. 77/187/EF (opphevet)

⁵¹ Arbeidsmiljøloven (2005) kapittel 16

⁵² Rt. 2003 s. 1754 (Senior forskningsingeniør)

⁵³ Rt. 2006 s. 1525 (Transocean)

⁵⁴ Rt. 1997 s. 1954 (Løten)

⁵⁵ Rt. 2000 s. 1602 (Nøkk)

i kommunens hovedbrannstyrke. Dommen er sentral for forståelsen av arbeidsgivers styringsrett og nevnes under punkt 9. Rt. 1984 s. 1058 (Nationaltheater)⁵⁶ anvendes analogisk i punkt 11 for å belyse domstolenes myndighet til å prøve arbeidsgivers vurdering ved fortrinnsrett. Saken gjaldt hvorvidt oppsigelse av en skuespiller var gyldig.

⁵⁶ Rt. 1984 s. 1058 (Nationaltheater)

3 Arbeidsgivers plikt til å tilby ny stilling - fortrinnsretten

3.1 Om bestemmelsen i arbeidsmiljøloven § 14-2 første ledd

3.1.1 Historie og bakgrunn

Opprinnelig var formuleringen i 1977-loven at arbeidstaker måtte være sagt opp grunnet "arbeidsmangel".⁵⁷ Ved vedtakelsen av 2005-loven ble formuleringen endret til "virksomhetens forhold".⁵⁸ Det ble lagt til grunn at den nye formuleringen ga en mer konsekvent begrepsbruk sett opp mot reglene om vern mot oppsigelse. Formuleringen skulle bidra til en klarere avgrensning mot tilfellene hvor en arbeidstaker blir sagt opp grunnet egne forhold.⁵⁹ Endringen hadde ingen realitetsbetydning.⁶⁰

Første ledd i aml. § 14-2 lyder:

*"Arbeidstaker som er sagt opp på grunn av virksomhetens forhold har fortrinnsrett til ny ansettelse i samme virksomhet, med mindre det gjelder en stilling arbeidstakeren ikke er kvalifisert for."*⁶¹

3.1.2 Hvem har fortrinnsrett?

Arbeidsmiljøloven gjelder som hovedregel for "virksomhet som sysselsetter arbeidstaker", jf. aml. § 1-2 første ledd. Det er altså arbeidstakere som i utgangspunktet er beskyttet under loven og regelen i § 14-2 gir "arbeidstaker" fortrinnsrett. For en kort redegjørelse av hva som ligger i arbeidstakerbegrepet se punkt 2.1.1.

Fortrinnsretten gjelder for arbeidstakere som har vært ansatt "i til sammen minst 12 måneder i de to siste år."⁶² Ordlyden gir anvisning på at ansettelsesperioden ikke nødvendigvis er sammenhengende. Se mer om dette vilkåret under punkt 5.

⁵⁷ Arbeidsmiljøloven (1977) § 67

⁵⁸ *Arbeidsmiljøloven. Kommentartutgave* (2013) s. 600

⁵⁹ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 224

⁶⁰ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 329

⁶¹ Arbeidsmiljøloven (2005) § 14-2 første ledd

3.1.3 Nærmere om aml. § 14-2 første ledd

Bestemmelsens første ledd er kjernen i fortrinnsrettsinstituttet. Det første vilkåret i § 14-2 første ledd avgrenser bestemmelsen til kun å gjelde i tilfelle hvor arbeidstaker er "sagt opp på grunn av virksomhetens forhold".⁶³ Dette vilkåret medfører at fortrinnsretten ikke kommer til anvendelse hvor arbeidstaker har blitt oppsagt grunnet egne forhold. Fortrinnsretten er presisert å gjelde ved ny ansettelse i "samme virksomhet".⁶⁴ For en drøftelse av virksomhetsbegrepet, se punkt 2.1.2.

3.1.3.1 Hva er "stilling arbeidstakeren ikke er kvalifisert for"?

Vilkåret om at arbeidstaker må være "kvalifisert for" stillingen innebærer for arbeidstaker at han ikke kan kreve enhver stilling som måtte være ledig i virksomheten. Han må ha de nødvendige kvalifikasjonene for den spesifikke stillingen som er ledig. Begrepet i 1977-lovens § 67 var "skikket". I begge formuleringene ligger et krav til kvalifikasjoner som nevnt ovenfor og et krav om egnethet for den fortrinnsberettigete. I Ot.prp nr. 49 (2004-2005) uttales om dette:

*"Forarbeidene legger til grunn at kravet om skikkethet ikke skal innebære mer enn at arbeidstakeren må ha de ferdigheter som normalt forutsettes for det aktuelle arbeid, jf. Ot.prp. nr. 41 (1975 – 76) s. 79. I juridisk teori har det vært diskutert om personlige kvalifikasjoner er relevante ved bedømmelsen av skikkethet etter arbeidsmiljøloven § 67. Høyesterett har lagt til grunn at uttrykket "skikket" må anses å gjelde så vel faglige som personlige kvalifikasjoner, jfr. Rt. 2003 s. 1754."*⁶⁵

Høyesterett diskuterte i Rt. 2003 s. 1754 betydningen av personlige kvalifikasjoner. Tvisten gjaldt fortrinnsrett for en forskningsingeniør som mistet jobben som en del av driftsinnskrenkning. Det er denne dommen vi ser ligger til grunn for lovgivers uttalelser om skillet mellom faglige og personlig kvalifikasjoner overfor. Dommen ble avsagt under dissens. Førstvoterende uttalte:

⁶² Arbeidsmiljøloven (2005) § 14-2 tredje ledd

⁶³ Arbeidsmiljøloven (2005) § 14-2 første ledd

⁶⁴ Arbeidsmiljøloven (2005) § 14-2 første ledd

⁶⁵ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 222

"[...] Jeg ser det klart - slik også partene er enige om - at personlige egenskaper som har betydning for hvordan arbeidstakeren kan utføre sine egne arbeidsoppgaver, må inngå i vurderingen av om han eller hun er skikket for stillingen.

[...]

A anfører at personlige egenskaper ikke kan tas i betraktning ut over dette. En slik forståelse av bestemmelsen er jeg ikke enig i. Hvis en arbeidstaker for eksempel skaper store samarbeidsvansker, eller skaper et dårlig arbeidsmiljø for andre ansatte, må det etter min mening være relevant i vurderingen av arbeidstakerens skikket. Verken ordlyden i § 67 [nåværende § 14-2] eller formålet med bestemmelsen taler mot det. Og arbeidsmiljøloven § 7 [nåværende § 4-1] pålegger - som X har pekt på - arbeidsgiveren en plikt til å sørge for at arbeidsmiljøet er fullt forsvarlig. Dette gjelder også i relasjon til faktorer som kan virke inn på arbeidstakernes psykiske helse og velferd [...]."⁶⁶

Av uttalelsene til førstvoterende må man kunne legge til grunn av Høyesterett godtar standpunktet om at det ikke er grunn til å skille mellom personlige og faglige kvalifikasjoner dersom det i utgangspunktet aksepteres at vurderingen av om arbeidstakeren er skikket for stillingen, må tas.⁶⁷

Mindretallet inntok en mer nøktern holdning når det gjelder personlig egnethet:

"Jeg deler førstvoterendes syn at det i uttrykket "skikket" ikke bare ligger faglige og personlige ferdigheter som har betydning for stillingen, men at det også i prinsippet kan trekkes inn bredere vurderinger av personens egnethet til stillingen. Når det derimot gjelder vekten som kan tillegges vurderingene omkring personlige forhold mer generelt, ser jeg noe annerledes på det enn førstvoterende. Etter min mening må fortrinnsretten til ny stilling ses i sammenheng med det generelle oppsigelsesvernet arbeidsmiljøloven oppstiller i § 60 nr. 1 [nåværende § 15-7 første ledd]. I forhold til driftsinnskrenkninger balanseres bedriftens vide adgang til oppsigelse av plikten til å tilby annet passende arbeid i virksomheten så sant dette finnes, jf. § 60 nr. 2 [nåværende § 15-7 annet ledd]. Og denne bestemmelsen er igjen, slik jeg ser det, bygget ut med fortrinnsretten i § 67 nr.

⁶⁶ Rt. 2003 s. 1754 (Senior forskningsingeniør) premiss 25 og 26

⁶⁷ Arbeidsmiljøloven. Kommentartutgave. (2013) s. 603

1 [nåværende § 14-2 første til tredje ledd] til ny stilling når arbeidstaker sies opp som følge av arbeidsmangel".⁶⁸

Mindretallet var altså enig med flertallet i at personlige kvalifikasjoner skulle tas med i vurderingen, men mente imidlertid at dette ikke skulle tillegges så mye vekt. Mindretallet begrunnet sitt standpunkt slik:

"Slik førstvoterende redegjør for, er et vesentlig argument for fortrinnsretten å hindre omgåelser av det personlige oppsigelsesvernet under kortvarige perioder med driftsinnskrenkninger. Hensett til at fortrinnsretten bare gjelder i ett år fra oppsigelsestidens utløp, mener jeg det er grunn til å utvise atskillig varsomhet med å utelukke en arbeidstaker i denne perioden fra fortrinnsretten på grunn av personlige forhold.

For å hindre at oppsigelser begrunnet i driftsinnskrenkninger videreføres i løpet av kort tid på et grunnlag bygget på misnøye med arbeidstaker, er det min mening at normen for å stenge arbeidstakeren ute fra fortrinnsretten bør ligge nær normen for oppsigelse begrunnet i arbeidstakers eget forhold etter § 60 nr. 1 [nåværende § 15-7 første ledd]. Dernest mener jeg at parallellen til en oppsigelse begrunnet i arbeidstakers eget forhold tilsier at arbeidsgiver har bevisbyrden for de forhold som påberopes for utelukkelse av fortrinnsretten. En slik bevisbyrderegulering vil kunne kompensere for at saksbehandlingsreglene som sikrer dokumentasjon og motvirker misforståelser ved en slik oppsigelse, ikke er anvendelige når personlige forhold vurderes i sak om fortrinnsrett til stilling."⁶⁹

Ved tilfeller hvor personlige kvalifikasjoner skal tas med i betraktning ved vurderingen av om arbeidstaker er kvalifisert for stillingen, la altså mindretallet et eget vurderingstema til grunn. Begrunnelsen som ble brukt for dette var stillingsvernet. Sett i sammenheng med at dissensen i denne dommen var 3-2, er det etter min mening god grunn for arbeidsgiver til å være varsom med å legge for stor vekt på de personlige kvalifikasjonene. Ved en senere sak for Høyesterett er det ikke utenkelig at mindretallets standpunkt blir lagt til grunn. Det er i alle tilfeller ikke tvil om at personlige forhold har betydning ved vurderingen av om arbeidstaker er kvalifisert for en annen stilling ut fra denne dommen.

⁶⁸ Rt. 2003 s. 1754 (Senior forskningsingeniør) premiss 41

⁶⁹ Rt. 2003 s. 1754 (Senior forskningsingeniør) premiss 42 og 43

Personlige kvalifikasjoner i forbindelse med fortrinnsrett ble også diskutert i en tidligere dom fra Eidsivating lagmannsrett i 1992.⁷⁰ En sjåfør hadde blitt sagt opp grunnet arbeidsmangel. Ankesaken for lagmannsretten gjaldt sjåførens krav på erstatning fordi han ikke fikk fortrinnsrett til ny ansettelse etter oppsigelsen. Lagmannen uttalte:

*"Under enhver omstendighet finner lagmannsretten videre at begrepet "skikket til" i arbeidsmiljøloven § 67 [nåværende § 14-2] ikke bare omfatter de objektive kvalifikasjoner som stillingen krever. Ved krav om fortrinnsretten vil arbeidsgiver således kunne ta i betraktning negative subjektive forhold ved arbeidstakers utførelse av den tidligere stilling, selv om oppsigelsen ikke var begrunnet i arbeidstakers forhold. Det kan heller ikke være avgjørende om slike forhold først ble avdekket etter oppsigelsen."*⁷¹

Lagmannsretten la til grunn at arbeidstaker på grunn av egne forhold ikke kunne anses skikket til stillingen og at fortrinnsrett av den grunn kunne nektes. Uttalelsen sitert ovenfor viser imidlertid at personlige kvalifikasjoner ble hensyntatt langt tidligere enn Høyesterett-dommen fra 2003.

Kravene til kompetanse og personlig egnethet kan fremgå av utlysningen til stillingen som fortrinnsretten vurderes opp mot.⁷² Såfremt et konkret krav er nødvendig for stillingen, utgjør ikke dette et problem. Setter arbeidsgiver derimot bevisst et krav om en egenskap han vet fortrinnsrettshaver ikke innehar, som for eksempel at søker må beherske finsk og dette klart ikke er nødvendig for den konkrete stilling, blir situasjonen en annen. Problemstillingen kom opp i RG-2004-776. Saken gjaldt en spesialarbeider ved et lokomotivverksted som ble sagt opp på grunn av driftsinnskrenkninger. Han kunne ikke utføre nattarbeid grunnet sin helsemessige situasjon. Etter fratreden gjorde han krav på fortrinnsrett til en ledig stilling som mekaniker uten å få medhold. Retten uttalte:

"Flertallet understreker på den annen side at det gjelder et ubetinget krav til lojalitet hos arbeidsgiver ved ny tilsetting innenfor den periode fortrinnsretten gjelder. Arbeidsgiveren skal ikke kunne omgå bestemmelsen om fortrinnsrett ved å definere stillingen

⁷⁰ LE-1992-1509 (Eidsivating)

⁷¹ LE-1992-1509 (Eidsivating) femte avsnitt under lagmannsrettens bemerkninger

⁷² *Arbeidsrett.no. Kommentarer til arbeidsmiljøloven* (2011) s. 759

slik at fortrinnsberettigede ikke kan anses skikket for stillingen. Fortrinnsretten må vurderes ut fra arbeidsgiverens reelle behov, ikke nødvendigvis ut fra det behov som arbeidsgiveren har formulert."⁷³

Retten la altså til grunn at arbeidsgiver ikke kan omgå fortrinnsretsreglene ved å definere stillingen med den hensikt at en fortrinnsberettiget ikke vil anses skikket for stillingen.

Videre anførte fortrinnsberettigede i samme dommen at arbeidsgiver var forpliktet til å tilrettelegge arbeidet for han. Om dette uttalte retten:

"Flertallet er i denne forbindelse ikke enig med A i at tilretteleggingsplikten etter arbeidsmiljøloven § 14 annet ledd bokstav f) [nåværende § 4-2 annet ledd bokstav b] omfatter ham som fratrudd arbeidstaker med fortrinnsrett. Tilretteleggingsplikten gjelder etter lovens ordlyd "arbeidstakernes sikkerhet, helse og velferd", og de forskjellige alternativer synes rettet mot de aktuelle arbeidstakere på arbeidsplassen. As påstand om at ordlyden omfatter ham, eller må anses å omfatte ham ved en utvidet fortolkning, har ikke støtte i lov eller forarbeider. Flertallet ser det slik at en tilretteleggingsplikt i forhold til en fratrudd arbeidstaker med fortrinnsrett representerer en inngripen i arbeidsgiverens handlefrihet som krever uttrykkelig lovhjemmel. Flertallet er derfor enig med Mantena AS i at spørsmålet om A er personlig skikket for stillingen, må vurderes ut fra den konkrete ledige stilling, ikke ut fra hvordan en stilling ville kunne vært beskrevet dersom Mantena AS hadde foretatt en omorganisering eller en omdisponering av personell."⁷⁴

Her gjøres det klart fra lagmannsretten sin side at tilrettelegging på arbeidsplassen ikke faller inn under den plikt arbeidsgiver har etter § 14-2. Dette har støtte i ordlyden, ettersom vilkåret er "ny ansettelse".⁷⁵ Ordlyden omfatter dermed ikke tilrettelegging på arbeidsplassen. Tilrettelegging på arbeidsplassen tilsier at det allerede eksisterer et ansettelsesforhold, noe som ikke er tilfellet i situasjoner hvor fortrinnsretten inntreffer.

⁷³ RG-2004-776 (Frostating) ellefte avsnitt under lagmannsrettens bemerkninger

⁷⁴ RG-2004-776 (Frostating) tiende avsnitt under lagmannsrettens bemerkninger

⁷⁵ Arbeidsmiljøloven (2005) § 14-2 første ledd

En annen problemstilling som kan komme på spissen, er hvorvidt det er arbeidsgiver eller arbeidstaker sitt ansvar å klarlegge kvalifikasjonene til fortrinnsrettshaver. I en dom for Borgarting lagmannsrett fra 2012 vurderte retten denne problemstillingen. Saken gjaldt spørsmål om brudd på fortrinnsrett og krav på erstatning for en studiekonsulent etter at organisasjon hun jobbet i gikk konkurs. Retten uttalte om kravet til kvalifikasjon:

*"Lagmannsretten må etter bevisførselen legge til grunn at AOF Norge ikke tok initiativ etter konkursen for å få klarlagt hvilken kompetanse og hvilke ambisjoner A representerte, heller ikke hva gjaldt kvalifikasjoner for markedsføring og salg av kurs. AOF Norge var ikke kjent med at hun hadde erfaring fra salg og markedsføring. AOF Norge baserte seg på løse "inntrykk". Det fremstår for lagmannsretten som uheldig at den fortrinnsberettigedes kompetanse heller ikke ble drøftet i AOF Norge da det ble bestemt å utlyse stillingene som studiekonsulent/kompetanserådgiver eksternt."*⁷⁶

Dommen påpeker viktigheten av at arbeidsgiver faktisk innhenter nødvendig informasjon til å kunne foreta en helhetlig vurdering av en arbeidstaker man kjenner fra før. Særlig ved spørsmål om fortrinnsrett er dette viktig ettersom det, som i dommen over, kan ha avgjørende betydning for arbeidstaker hvorvidt informasjonen innhentes og vurderes.

For arbeidsgiver er vilkåret om at arbeidstaker må være kvalifisert, en sikkerhet for at man ikke behøver å ta tilbake en tidligere ansatt som ikke innehar de kvalifikasjonene som er nødvendig for den stillingen som senere er blitt ledig. Manglende kvalifikasjoner utelukker imidlertid ikke nødvendigvis fortrinnsrett. Spørsmålet om hvor langt arbeidsgivers plikt til å gi opplæring strekker seg, er en naturlig forlengelse av kravet til arbeidstakers kvalifikasjoner. Det kan tenkes tilfeller hvor opplæring ikke er praktisk mulig sett i sammenheng med kostnadene. Et eksempel kan være at en ingeniør som er fortrinnsberettiget ikke vil kunne kreve en stilling som ingeniør innen et annet fagfelt dersom det kreves full omskolering av vedkommende for å kunne utføre de tekniske spesifikasjoner stillingen krever. Grensene kan være utfordrende å trekke opp. Under neste punkt behandles spørsmålet om hvor langt plikten til å gi opplæring strekker seg.

⁷⁶ RG-2012-726 (Borgarting) niende avsnitt under punkt 2.3. av lagmannsrettens bemerkninger

3.1.3.2 Arbeidsgivers plikt til å gi opplæring

Utgangspunktet er at det skal en del til for at arbeidsgiver kan nekte fortrinnsrett i tilfeller hvor arbeidstaker innehar de formelle kvalifikasjonene. Vi har imidlertid sett i avsnittet over at det er adgang til å vektlegge personlige kvalifikasjoner i en helhetlig vurdering av om arbeidstaker er egnet. Det synes å være enighet i juridisk teori og rettspraksis om at en viss opplæringsperiode må aksepteres dersom det foreligger en mulighet for annet passende arbeid.⁷⁷ I dommen som omhandlet forskningsingeniøren nevnt under punkt 3.1.4. var flertallet inne på problemstillingen om opplæring, og uttalte:

"A har også vist til en uttalelse i Ot.prp. nr. 41 (1975-1976), som lå til grunn for arbeidsmiljøloven, der det på side 79 i kommentaren til § 67 [nåværende § 14-2] heter at kravet til kvalifikasjoner ikke går lenger enn til at vedkommende må ha "de ferdigheter som normalt forutsettes for det aktuelle arbeid". Slik jeg oppfatter dette, er imidlertid poenget med uttalelsen å få frem at det ikke kreves at arbeidstakeren er den best kvalifiserte; meningen er ikke at ordet "ferdighet" skal gi en avgrensning av hvilke typer av kvalifikasjoner som er relevante."⁷⁸

Johansen mener at dommen kan indikere at arbeidstaker ikke kan kreve særlig mer enn en adekvat innføring i stillingen.⁷⁹ Dette må jeg si meg enig i. Det kan ikke utledes noen plikt for arbeidsgiver til å gi omfattende opplæring for at fortrinnsretten skal være oppfylt, ut fra det lille dommen sier. Fougner m.fl. tar det klare standpunkt at opplæring utover det som ville være normalt for stillingen ikke kan kreves. I dette ligger at dersom arbeidstaker først kan anses å være kvalifisert for stillingen etter å ha fått opplæring utover det den jevne arbeidstaker vil få ved nyansettelse, så kan ikke fortrinnsrett gjøres gjeldende.⁸⁰

3.1.3.3 Adgangen til å avtale seg bort fra fortrinnsretten

En problemstilling er hvorvidt fortrinnsretten kan gjøres gjeldende i tilfeller hvor arbeidstaker gjennom avtale med arbeidsgiver har godtatt at arbeidsforholdet opphører.⁸¹ En slik avtale

⁷⁷ *Arbeidsrett.no. Kommentarer til arbeidsmiljøloven* (2011) s. 761

⁷⁸ Rt. 2003 s. 1754 (Senior forskningsingeniør) premiss 26

⁷⁹ Johansen (2006) s. 40

⁸⁰ *Omstilling og nedbemanning* (2011) s. 422-423

⁸¹ *Omstilling og nedbemanning* (2011) s. 402

betegnes ofte som sluttpakke og er utviklet gjennom praksis. Tilbud om sluttpakke kan være en meget praktisk løsning for arbeidsgiver i forbindelse med nedbemanning. Det kan både bidra til effektivitet i en nedbemanningsprosess, og forhindre at konflikter oppstår. Et annet formål med sluttpakker kan være virksomhetens ønske om å fremstå som rimelig, både overfor arbeidstakere som slutter og de som blir igjen.⁸²

Det må skilles mellom situasjoner hvor arbeidstaker får tilbud om sluttpakke *før* han er sagt opp av arbeidsgiver og situasjoner hvor arbeidstaker får tilbud om sluttpakke *etter* at oppsigelse er gitt. Dette er i samsvar med hva Fougner fremholder.⁸³ Arbeidsmiljøloven har som utgangspunkt at den ikke kan fravikes til ugunst for arbeidstaker med mindre dette er særskilt fastsatt, jf. aml. § 1-9. Bestemmelsen i aml. § 14-2 har ikke noe særskilt fastsatt unntak om fravikelse. En naturlig tolkning vil da, etter min mening, være at inngåelse av sluttavtaler strider mot arbeidsmiljølovens regler. Det er imidlertid enighet i teorien om at dersom arbeidstaker inngår slik avtale før oppsigelse er gitt, så har vedkommende ikke blitt sagt opp.⁸⁴ Tvert imot fremholder Johansen at arbeidstaker i praksis må anses å ha sagt opp sin stilling.⁸⁵ Følgelig vil fortrinnsretten ikke være i behold. I det praktiske liv vil situasjonen ofte være den at alternativet til aksept av sluttpakke er at arbeidsgiver går til oppsigelse. Ved inngåelse av sluttavtaler er det som regel en forutsetning at arbeidstaker sier fra seg muligheten til å påberope seg fremtidige krav mot selskapet.⁸⁶ Slike fremtidige krav omfatter fortrinnsretten.⁸⁷ Fougner argumenterer for at arbeidstaker i en slik situasjon vil ha oversikt over de ovennevnte rettsfølgene og dermed at sluttavtaler inngått før oppsigelse er gitt må stå seg.⁸⁸

Gis tilbud om sluttpakke derimot etter at oppsigelse er gitt, opprettholdes fortrinnsretten ifølge Johansen. Begrunnelsen er at fortrinnsretsreglene er en del av lovens verneregler som i utgangspunktet er ufravikelig etter § 1-9.⁸⁹ Problemstillingen har delvis vært berørt i retts-

⁸² Skarning (2005) s. 12

⁸³ *Arbeidsmiljøloven. Kommentartutgave* (2013) s. 601

⁸⁴ *Arbeidsmiljøloven. Kommentartutgave* (2013) s. 601

⁸⁵ Johansen (2011) s. 539 og 540

⁸⁶ Skarning (2005) s. 12

⁸⁷ Skarning (2005) s. 40

⁸⁸ *Arbeidsmiljøloven. Kommentartutgave* (2013) s. 601

⁸⁹ Johansen (2011) s. 540

praksis, blant annet i tidligere nevnte Rt. 2006 s. 1525 (Transocean). Saken gjaldt en oljearbeider som etter å ha gått til sak for å bestride en oppsigelse gitt i forbindelse med en nedbemmanningsprosess, inngikk et forlik der et vilkår for forliket var at arbeidstakeren frafalt et krav om gjeninntredelse. Saken belyser altså situasjonen hvor oppsigelse er gitt. Om gyldigheten av avtalen uttalte førstvoterende:

*"Etter min mening er ikke § 5 [nåværende § 1-9] til hinder for at en arbeidstaker, etter å ha reist søksmål, kan avtale en minnelig ordning som går ut på at vedkommende frafaller for eksempel fortrinnsrett etter § 67 [nåværende § 14-2]. De bestrebelsener som ellers gjøres i samfunnet for å løse rettskonflikter i minnelighet, taler med styrke for at § 5 [nåværende § 1-9] ikke stenger for minnelige avtaler som avviker fra lovens ellers ufravelige bestemmelser etter at sak er reist. Et rettsforlik faller således heller ikke etter mitt syn utenfor virkeområdet til arbeidsmiljøloven § 5 [nåværende § 1-9]. Avtalen kan heller ikke ses å være i strid med avtaleloven § 36. Jeg tilføyer at A hadde bistand av advokat under forhandlingene."*⁹⁰

I en tilsvarende konkret situasjon kan arbeidstaker, på bakgrunn av ovenstående, altså fritt avtale seg bort fra fortrinnsretten. Ved fremtidige saker hvor avtaler har blitt inngått etter at arbeidstaker har gått til sak og under ellers liknende forhold, vil denne dommen måtte legges til grunn som utgangspunkt. Spørsmålet blir da hva rettstilstanden må anses å være hvor oppsigelse er gitt, men søksmål ikke reist. Som utgangspunkt mener Fougner det er naturlig at samme standpunkt som i den nevnte dommen skal legges til grunn.⁹¹ Dette støttes opp under av Jakhelln. Den frivillige aksepten av at arbeidsforholdet opphører foreligger her på samme måte som i situasjonen hvor oppsigelse ikke er gitt, forskjellen ligger i at et sluttvederlag avtales i ettertid.⁹² Dette taler for at det må være adgang, også i disse tilfellene, for arbeidstaker å avtale seg bort fra fortrinnsretten. For å unngå diskusjoner knyttet til fortrinnsrett på et senere tidspunkt er det imidlertid fornuftig å avtale dette uttrykkelig i sluttavtalen.⁹³

⁹⁰ Rt. 2006 s. 1525 (Transocean) premiss 30

⁹¹ *Arbeidsmiljøloven. Kommentartutgave* (2013) s. 601

⁹² *Arbeidsrett.no. Kommentarer til arbeidsmiljøloven* (2011) s. 758

⁹³ *Arbeidsrett.no. Kommentarer til arbeidsmiljøloven* (2011) s. 758

3.1.4 Ny ansettelse i virksomheten

Arbeidstaker har fortrinnsrett til "ny ansettelse" i virksomheten. Spørsmålet som umiddelbart melder seg er hva som er å anse som "ny ansettelse" - med den følge at fortrinnsrett utløses. Intern omplassering i virksomheten er tilfeller fortrinnsrettshaver kan tenkes å hevde at fortrinnsretten utløses. Ved interne omplasseringer er det arbeidstakere som er ansatt i bedriften fra før som omrokkeres, eksempelvis fra en avdeling til en annen. Dette kan ikke karakteriseres som "ny ansettelse" etter en alminnelig ordlydsfortolkning, jf. aml. § 14-2 første ledd.⁹⁴ Fortrinnsretten utløses altså ikke i disse tilfellene. Har arbeidsgiver et udekket behov for arbeidskraft, medfører heller ikke dette automatisk at fortrinnsretten utløses. Grunner som begrenset økonomi og kortvarig behov for arbeidskraften kan medføre at arbeidsgiver ikke foretar nye ansettelser.⁹⁵ Har arbeidsgiver planer om å benytte seg av interne omplasseringer for å dekke et behov for en ny stilling, men likevel velger å utlyse stillingen eksternt, hevder imidlertid Fougner det må antas at fortrinnsretten utløses.⁹⁶ Etter min mening taler ordlyden for denne løsningen. En betenkelighet her er at det vil kunne føre til nye nedbemanninger i virksomheten dersom stillingen feilaktig utlyses. Det kan hevdes at det må være anledning til å ombestemme seg etter at stillingen er lyst ut. Min konklusjon er likevel, i tråd med Fougner sitt standpunkt, at dersom arbeidsgiver først har lyst ut stillingen bør dette medføre utløsning av fortrinnsretten. Hensynet til forutberegnelighet taler for at fortrinnsrettshaver konsekvent bør kunne stole på at de utlysningene som gjøres gir en mulighet for nyansettelse. Dersom arbeidsgiver ansetter på midlertidig basis vil dette faller innenfor ordlyden "ny stilling". Jeg kommer tilbake til midlertidig ansatte under punkt 4.

Et spørsmål som oppstilles i teorien er hvorvidt fortrinnsretten utløses ved innleie av en arbeidstaker. Innleie skjer etter reglene i aml. §§ 14-12 og 14-13. I en dom fra Gulating lagmannsrett av 22. oktober 1996 hevdet fortrinnsrettshaver at oppsigelsen ble brukt som grunn for å gå over til et system med innleide arbeidstakere. Retten uttalte:

"Lagmannsretten bemerker at det i forhold til C kan reises spørsmål i tilknytning til lovens vilkår om "ny tilsetting i samme virksomhet". Lagmannsretten har for sin vurdering lagt til grunn at bestemmelsen kommer til anvendelse i den foreliggende situasjon,

⁹⁴ Arbeidsmiljøloven. Kommentanutgave (2013) s. 601

⁹⁵ Arbeidsrett.no. Kommentarer til arbeidsmiljøloven (2011) s. 764

⁹⁶ Arbeidsmiljøloven. Kommentanutgave (2013) s. 601

men med det resultat lagmannsretten er kommet til etter en realitetsvurdering er det ikke nødvendig å ta endelig stilling til dette."⁹⁷

Lagmannsretten tar altså ikke endelig stilling til anførselen, men etter Jakhelln sitt syn antydes det at fortrinnsrett utløses ved innleie.⁹⁸ En innleid arbeidstaker har imidlertid allerede et ansettelsesforhold til utleier. Innleie vil således ikke naturlig falle inn under ordlyden "ny ansettelse",⁹⁹ hvilket er grunnlaget for standpunktet til Fougner.¹⁰⁰ Det kan hevdes at det ikke bør være adgang til å omgå fortrinnsretten ved å leie inn arbeidskraft.¹⁰¹ Dette underbygges av at det er parallellitet i regelverket mellom reglene om innleie og reglene om midlertidig ansatte, jf. aml. § 14-12 første ledd.¹⁰² Det at adgangen til innleie fra virksomhet som har til formål å leie ut arbeidstakere, i utgangspunktet er den samme som adgangen til midlertidig ansettelse, tilsier at også virkningen av de to formene for bemanning burde være den samme. Virkningen burde altså være at fortrinnsrett utløses uavhengig av hvilken måte arbeidsgiver bemanner. Adgangen til innleie kan imidlertid også utledes av avtale med tillitsvalgte¹⁰³, i tillegg til at adgangen til innleie for virksomhet som ikke har til formål å drive innleie¹⁰⁴, ikke er underlagt de samme begrensningene.¹⁰⁵ Standpunktet Fougner altså inntar, som nevnt ovenfor, er at fortrinnsrett etter ordlyden ikke utløses ved innleie etter arbeidsmiljøloven §§ 14-12 og 14-13. Etter min mening må sistnevnte løsning være den riktige, ettersom den innleide arbeidstakeren i motsatt fall i praksis vil ha to arbeidsgivere, noe som ikke kan være heldig verken for arbeidstaker eller de eventuelle arbeidsgiverne.

Det kan oppstå en situasjon hvor arbeidsgiver er i gang med ny ansettelsesprosess, men hvor prosessen ender med at ingen blir ansatt. Hvorvidt fortrinnsrett inntreer i et slikt scenario vil bero på bakgrunnen for hvorfor arbeidsgiver avslutter prosessen. I noen tilfeller kan forkla-

⁹⁷ RG-1997-906 (Gulating) fjerde avsnitt under lagmannsrettens bemerkninger

⁹⁸ *Arbeidsrett.no. Kommentarer til arbeidsmiljøloven* (2011) s. 764

⁹⁹ *Arbeidsrett.no. Kommentarer til arbeidsmiljøloven* (2011) s. 764

¹⁰⁰ *Arbeidsmiljøloven. Kommentarutgave* (2013) s. 602

¹⁰¹ *Arbeidsmiljøloven. Kommentarutgave* (2013) s. 602

¹⁰² Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 220

¹⁰³ *Arbeidsmiljøloven § 14-12 annet ledd*

¹⁰⁴ *Arbeidsmiljøloven § 14-13*

¹⁰⁵ *Arbeidsmiljøloven. Kommentarutgave* (2013) s. 602

ringen være at det ikke er kvalifiserte søkere. Er bakgrunnen begrunnet med at behovet for arbeidskraft var av kortvarig karakter eller at virksomheten ikke økonomisk er i stand til å kunne forsvare nyansettelser, vil dette tale mot at fortrinnsretten skal utløses. Dette kan begrunnes med reelle hensyn. Dersom utløsning av fortrinnsretten medfører at virksomheten må gå til oppsigelser vil situasjonen først og fremst være fåfengt, men også lite praktisk og uansvarlig økonomisk. Et annet scenario som kan tenkes er at arbeidsgiver stanser prosessen på det grunnlag at fortrinnsrettshaver søker på stillingen. Dette vil, etter min mening, være et forsøk på å omgå reglene om fortrinnsrett som ikke bør aksepteres. Et rimelig resultat for arbeidstaker vil være at fortrinnsrett utløses. En slik situasjon kan i ytterste konsekvens utløse krav om erstatning etter bestemmelsen i aml. § 14-4, se mer om erstatning i punkt 11. I teorien argumenteres det for at den retts teknisk enkleste løsningen vil være at fortrinnsrett heller ikke utløses i sistnevnte situasjon.¹⁰⁶

¹⁰⁶ *Arbeidsrett.no. Kommentarer til arbeidsmiljøloven* (2011) s. 754

4 Fortrinnsrett for midlertidig ansatte

4.1 Om bestemmelsen i arbeidsmiljøloven § 14-2 annet ledd

4.1.1 Historie og bakgrunn

Midlertidig ansatte har fortrinnsrett etter § 14-2 annet ledd. Bestemmelsen om fortrinnsrett for midlertidig ansatte var opprinnelig¹⁰⁷ plassert i første ledd sammen med plikten til å tilby ny stilling og regelen om hvor lenge arbeidstaker må ha vært ansatt i virksomheten. Ved vedtaket av 2005-loven ble det gamle første leddet skilt ut i tre ledd.

Om den opprinnelige bestemmelsen uttales det i forarbeidene til 1977-loven:

*"Fortrinnsretten gjelder også for arbeidstaker som har vært ansatt for et bestemt tidsrom eller for å utføre et bestemt arbeid av forbigående art. Reglene tar på dette punkt bl.a. sikte på de tilfeller hvor arbeidstakeren normalt ville blitt reengasjert, men hvor dette ikke er skjedd, fordi arbeidsgiveren ikke har hatt mulighet til å sysselsette vedkommende."*¹⁰⁸

I utredningen til ny lov mente utvalget at det ikke var behov for å foreslå materielle endringer i fortrinnsretten for midlertidig ansatte. Reglene har altså samme siktemål i dag.¹⁰⁹ Den nåværende bestemmelsen lyder:

*"Fortrinnsretten gjelder også arbeidstaker som er midlertidig ansatt og som på grunn av virksomhetens forhold ikke får fortsatt ansettelse. Dette gjelder likevel ikke arbeidstaker i vikariat. Fortrinnsretten gjelder dessuten for arbeidstaker som har akseptert tilbud om redusert stilling i stedet for oppsigelse."*¹¹⁰

4.1.2 Vilkåret om midlertidig ansettelse, jf. arbeidsmiljøloven § 14-9

Bestemmelsen i annet ledd i § 14-2 gjør det klart at arbeidstakere uten fast ansettelse også skal omfattes av fortrinnsretten. Arbeidsmiljøloven har en egen bestemmelse om midlertidig

¹⁰⁷ Arbeidsmiljøloven (1977) § 67

¹⁰⁸ Ot. prp. nr. 41 (1975-1976) s. 79

¹⁰⁹ NOU 2004:5 s. 338

¹¹⁰ Arbeidsmiljøloven (2005) § 14-2 annet ledd

ansettelse i § 14-9. Der angis utgangspunktet i norsk rett som er at arbeidstakere skal ansettes fast.¹¹¹

Midlertidig ansettelse medfører at arbeidstaker ikke har sikkerhet på lik linje med faste ansatte med tanke på stillingsvernet.¹¹² Dette er bakgrunnen for at midlertidig ansettelse kun er tillatt i visse unntakstilfeller, samt grunnen til at det klargjøres i loven at fortrinnsrett også skal gjelde for denne gruppen ansatte.

4.1.3 Nærmere om arbeidsmiljøloven § 14-2 annet ledd

Etter første setning i annet ledd må grunnen til at den midlertidige ansatte ikke får videre ansettelse være driftsinnskrenkning. Dette samsvarer med ordlyden i første ledd hvor arbeidstakere må være sagt opp grunnet virksomhetens forhold.

Det blir uttalt i forarbeidene at regelen også vil få betydning ved sesongarbeid. En problemstilling som reiser seg ved tolkningen av første setning er imidlertid om en midlertidig ansatt som fratrer ved prosjektets avslutning eller når arbeidet er ferdigstilt, har fortrinnsrett.¹¹³

Dersom det dreier seg om et avgrenset arbeid av midlertidig art, eksempelvis ved prosjektarbeid, mener Jakhelln at det fremstår klart at det ikke er virksomhetens forhold som ligger til grunn for arbeidsmangelen.¹¹⁴ Dette forutsetter imidlertid at det midlertidige arbeidet er sluttført.

En sak som berører problemstillingen er LG-2005-103843 som gikk for Gulating Lagmannsrett i 2005. Arbeidstaker hadde jobbet i overkant av fem måneder for arbeidsgiver etter at han ble sagt opp grunnet virksomhetens forhold.¹¹⁵ Arbeidet som ble utført i disse fem månedene skilte seg fra den stillingen arbeidstaker hadde hatt før oppsigelsen, og omfattet både opplæring av nye arbeidstakere til den type stilling arbeidstaker hadde hatt og andre oppgaver. Ar-

¹¹¹ Arbeidsmiljøloven (2005) § 14-9 første ledd

¹¹² Arbeidsmiljøloven (2005) § 14-9 fjerde ledd

¹¹³ *Omstilling og nedbemanning* (2011) s. 419

¹¹⁴ *Arbeidsrett.no. Kommentarer til arbeidsmiljøloven* (2011) s. 761

¹¹⁵ LG-2005-103843 (Gulating lagmannsrett)

beidstaker fikk ytterligere fem oppdrag for bedriften som del av et forlik. For lagmannsretten anførte arbeidstaker også at dersom den midlertidige tilsettelsen var lovlig, måtte engasjementet gi fortrinnsrett til ny tilsetting, jf. aml. 1977 § 67 nr. 1 [nåværende § 14-2]. Lagmannsretten la til grunn at arbeidsoppgavene som ble utført var avgrenset til tidsrommet arbeidstakeren var ansatt for. Flertallet i lagmannsretten uttaler om fortrinnsretten:

"Formålet med regelen er etter ovenstående å sikre at arbeidstakere som mister sitt arbeid i forbindelse med driftsinnskrenkninger, gis fortrinnsrett til gjeninntakelse i bedriften når det måtte være anledning til det, og dessuten å forhindre at oppsigelsesvernet i arbeidsforhold omgås ved kortvarige driftsinnskrenkninger. Lagmannsretten har for sin avgjørelse lagt til grunn at behovet for den ankende parts tjenester oppsto ved engasjementets begynnelse, og opphørte ved engasjementets avslutning. Årsaken til at engasjementet opphørte var således verken driftsinnskrenkninger eller forsøk på omgåelse av oppsigelsesvernet.

Etter flertallets syn faller oppdraget således utenfor de forhold som bestemmelsen etter forarbeidene er ment å omfatte. Flertallet legger avgjørende vekt på det som ovenfor fremgår hva gjelder lovens formål, og finner at arbeidsforholdet som ble avsluttet den 6. juli 2004 ikke gir grunnlag for fortrinnsrett etter angjeldende bestemmelse."¹¹⁶

Denne avgjørelsen er i samsvar med Jakhelln sitt synspunkt og taler for at en midlertidig ansatt som fratrer hvor arbeidet er ferdigstilt, ikke har fortrinnsrett til ny stilling.

Det presiseres i § 14-2 annet ledd at fortrinnsretten ikke gjelder "... arbeidstaker i vikariat."¹¹⁷ Et vikariat er tidsavgrenset og normalt ment å dekke opp for arbeidskraften til en arbeidstaker som av en eller annen grunn ikke er tilgjengelig for bedriften, eksempelvis hvor en advokat er i permisjon for å være dommerfullmektig og virksomheten fremdeles har behov for arbeidskraft. Poenget med ansettelsesformen vikariat er nettopp at behovet er vurdert fra bedriftens side å vare i et gitt tidsrom. Arbeidstaker som er ansatt i et vikariat har derfor ikke det samme behovet for å sikres gjennom fortrinnsrettsregelen. Hensynene bak fortrinnsrettsreglene gjør seg med andre ord ikke gjeldende. Unntaket ble begrunnet slik:

¹¹⁶ LG-2005-103843 (Gulating lagmannsrett) fjerde avsnitt under flertallets bemerkninger

¹¹⁷ Arbeidsmiljøloven (2005) § 14-2 annet ledd

*"Kommunaldepartementet har uttalt at vikarer antas å falle utenfor, fordi disse ikke slutter på grunn av arbeidsmangel, men fordi den opprinnelige stillingshaveren kommer tilbake. Dette er også fastslått gjennom rettspraksis."*¹¹⁸

Ovennevnte gjelder en situasjon hvor vikariatet er utløpt. Dersom nedbemanningen skjer i perioden før utløpet av vikariatet, vil vikaren ha et like stort behov for beskyttelse i form av fortrinnsrett som de midlertidig ansatte i bedriften.¹¹⁹ Ordlyden skiller ikke mellom disse situasjonene, noe som taler for at fortrinnsretten ikke gjelder arbeidstaker i vikariat - uavhengig av om den først angitte perioden for vikariatet ikke er utløpt. Bestemmelsen ble i følge departementet tatt inn for sikkerhets skyld og det fremgår av forarbeidene at dette tidligere fulgte av gjeldende rett.¹²⁰ Fougner gjør imidlertid oppmerksom på at rettspraksisen som forelå før lovendringen i 2005¹²¹ ikke angikk nettopp tilfellene hvor arbeidstakeren ble sagt opp før vikariatet gikk ut.¹²² Etter min mening kan oppsigelse uten fortrinnsrett medføre velferdstap for en vikar i en slik situasjon og kan vanskelig tenkes å være lovgivers bevisste ønske. Ordlyden er likevel klar, og må derfor etter Fougners synspunkt legges til grunn sånn den står.¹²³ Gjeldende rett må følgelig være at ansatte i vikariat ikke har fortrinnsrett, uavhengig av hvilket tidspunkt i løpet av vikariatet nedbemanningen finner sted.

Det fremgår av § 14-2 annet ledd siste punktum at:

*"Fortrinnsretten gjelder dessuten for arbeidstaker som har akseptert tilbud om redusert stilling i stedet for en oppsigelse."*¹²⁴

Bestemmelsen kom inn ved lovendring i 1995.¹²⁵ Denne utvidelsen av bestemmelsen medfører at i tilfeller hvor redusert stilling er avtalt for å unngå oppsigelse har arbeidstaker fortrinnsrett. Det uttales i forarbeidene:

¹¹⁸ Ot. prp. nr. 50 (1993-1994) s. 199

¹¹⁹ *Arbeidsmiljøloven. Kommentartutgave* (2013) s. 606

¹²⁰ Ot. prp. nr. 50 (1993-1994) s. 199-200

¹²¹ Endringslov til arbeidsmiljøloven m v (1995) § 67

¹²² *Arbeidsmiljøloven. Kommentartutgave.* (2013) s. 606

¹²³ *Arbeidsmiljøloven. Kommentartutgave.* (2013) s. 606

¹²⁴ *Arbeidsmiljøloven* (2005) § 14-2 annet ledd

¹²⁵ Endringslov til arbeidsmiljøloven m v (1995) § 67

*"Det er ikke avgjørende om det er gitt formell oppsigelse fra arbeidsgiver, så lenge arbeidsgiver har tatt initiativet til reduksjonen."*¹²⁶

Det er med andre ord de reelle underliggende forhold som skal ligge til grunn for vurderingen. Poenget er at grunnlaget for reduksjonen må være nedbemanning og ikke en skjult uberettiget grunn for reduksjonen. Bestemmelsen er en sikkerhetsventil og etter at aml. § 14-3 kom inn er § 14-2 annet ledd siste punktum strengt tatt overflødig.¹²⁷

¹²⁶ Ot. prp. nr. 50 (1993-1994) s. 203

¹²⁷ Gyldendal Rettsdata 2014

5 Formelle vilkår for fortrinnsrett (tredje og fjerde ledd)

5.1 Innledning

Bestemmelsens tredje og fjerde ledd oppstiller vilkår som må være oppfylt for at arbeidstaker skal få fortrinnsrett til en ny stilling. I oppgaven har jeg valgt å omtale disse som formelle vilkår. De kan også betegnes som inngangsvilkår for fortrinnsrett. Vilkårene danner en ytre ramme for fortrinnsretten med den konsekvens at dersom disse ikke er oppfylt er det i praksis ikke nødvendig å gå inn på de mer skjønnsmessige vilkårene for fortrinnsrett, som eksempelvis hva som er en "stilling arbeidstaker ikke er kvalifisert for", jf. aml. § 14-2 første ledd.

5.2 Om arbeidsmiljøloven § 14-2 tredje ledd

Tredje ledd lyder:

*"Fortrinnsretten gjelder for arbeidstaker som har vært ansatt i virksomheten i til sammen minst 12 måneder i de to siste årene."*¹²⁸

Arbeidstaker må altså ha vært ansatt et minimum av tid for å ha krav på ny stilling gjennom fortrinnsrettsinstituttet. Det oppstilles ikke noe krav om at perioden på 12 måneder må være sammenhengende såfremt den er innen de siste to år.

Om bestemmelsen uttales det i forarbeidene:

*"Ved vurderingen av hvem som tilfredsstiller kravet til 12 måneders tilsetting de to siste årene, vil den totale tilsettingstiden, inklusive oppsigelsestiden, være avgjørende. Dette vil gjelde til tross for at fortrinnsretten inntreffer allerede ved oppsigelsestidspunktet."*¹²⁹

Ved beregningen av om arbeidstaker har vært ansatt i 12 måneder skal altså oppsigelsestiden fram til fratredelsestidspunktet regnes med. Forarbeidene er imidlertid uklare og kan misforstås på dette punkt. Den naturlige forståelsen av ordlyden må være at en arbeidstaker som i løpet av oppsigelsestiden vil oppfylle kravet til ansettelsestid, først får fortrinnsrett fra tids-

¹²⁸ Arbeidsmiljøloven (2005) tredje ledd

¹²⁹ Ot.prp. nr. 50 (1993-94) s. 203

punktet vedkommende har vært ansatt i 12 måneder.¹³⁰ I praksis er det imidlertid viktig å ha klart for seg skillet mellom hva som skal beregnes med i kravet til 12 måneders ansettelsestid og tidspunktet for når fortrinnsretten inntre.¹³¹ Konsekvensen av at kravet til at arbeidstaker må ha vært ansatt i 12 måneder først oppfylles i løpet av oppsigelsestiden, er kun den at fortrinnsretten gjelder fra dette tidspunkt. Dersom arbeidsgiver eksempelvis misforstår dette og feilaktig hevder at arbeidstaker ikke har fortrinnsrett til ny stilling, kan det i ytterste konsekvens medføre at arbeidstaker mister sin fortrinnsrett dersom arbeidsgivers påstand legges godtroende til grunn.

5.3 Om arbeidsmiljøloven § 14-2 fjerde ledd

Fjerde ledd i aml. § 14-2 lyder:

*"Fortrinnsretten gjelder fra oppsigelsestidspunktet og i ett år fra oppsigelsesfristens utløp."*¹³²

Fortrinnsretten gjelder i ett år fra arbeidstaker faktisk slutter i stillingen. Samlet sett utgjør imidlertid tiden for fortrinnsrett mer enn ett år. Dette er fra lovgiver en tilsiktet konsekvens av regelen, slik den er utformet.¹³³ For å ta et eksempel så oppstiller loven som utgangspunkt én måneds oppsigelsestid, med mindre annet er avtalt, jf. § 15-3 første ledd. Med utgangspunkt i én måneds oppsigelsestid vil fortrinnsretten sammenlagt vare i ett år og én måned. Oppsigelsesfristen varierer avhengig av ansettelsestid, jf. § 15-3, og lengden av perioden arbeidstaker har fortrinnsrett varierer tilsvarende.

Når det gjelder midlertidig ansatte som har vært ansatt i mer enn ett år skal ha skriftlig varsel senest én måned før fratredelsestidspunktet, jf. § 15-9 fjerde ledd. Her vil fortrinnsretten gjelde tilsvarende som for faste ansatte, altså i ett år og én måned. Har vedkommende vært ansatt i mindre enn ett år opphører arbeidsforholdet i utgangspunktet når tidspunktet for den midler-

¹³⁰ *Arbeidsrett.no. Kommentarer til arbeidsmiljøloven* (2011) s. 762

¹³¹ *Arbeidsmiljøloven. Kommentarutgave* (2013) s. 606

¹³² *Arbeidsmiljøloven* (2005) § 14-2 fjerde ledd

¹³³ Ot.prp. nr. 50 (1993-1994) s. 203

tidig ansettelsen går ut, jf. § 14-9 femte ledd, med den følge at fortrinnsretten gjelder ett år fra fratredelsestidspunktet.¹³⁴

¹³⁴ Ot.prp. nr. 50 (1993-1994) s. 203

6 Bortfall av arbeidstakers fortrinnsrett

6.1 Om bestemmelsen i arbeidsmiljøloven § 14-2 femte ledd

6.1.1 Historie og bakgrunn

Denne bestemmelsen er i likhet med første ledd, en videreføring av 1977-lovens § 67. Bortfall av fortrinnsretten var opprinnelig plassert i bestemmelsens tredje ledd. Foruten endret plassering i den nye bestemmelsen, er endringene kun språklige.

Bestemmelsen i femte ledd lyder:

*"Fortrinnsretten faller bort dersom arbeidstaker ikke har akseptert et tilbud om ansettelse i en passende stilling senest 14 dager etter at tilbudet ble mottatt."*¹³⁵

6.1.2 Nærmere om arbeidsmiljøloven § 14-2 femte ledd

Etter bestemmelsens ordlyd faller fortrinnsretten bort dersom arbeidstaker "ikke har akseptert" tilbudet om ny stilling. Bestemmelsen sier ingenting om hva som må til for å ha akseptert tilbudet. Skriftlig aksept er her, som i andre avtalesituasjoner, å anbefale, men muntlig aksept må godtas ut fra ordlyden. Dette har også støtte i juridisk teori.¹³⁶

Fristen på 14 dager er absolutt, med den følge at fortrinnsretten til ny stilling bortfaller for arbeidstaker dersom svar ikke gis innen fristen. Ordlyden i femte ledd kan etter min mening tolkes som at aksepten av tilbudet om ny stilling må være kommet frem til arbeidsgiver innen 14 dager. Et rimelig standpunkt vil imidlertid være at det er tilstrekkelig at brevet er postlagt innen 14 dager, jf. Evju.¹³⁷

Bestemmelsen sikrer arbeidsgiver en viss grad av forutberegnelighet ved nyansettelser. En fortrinnsrett uten frist for svar ville være umulig i praksis. Arbeidsgiver må imidlertid finne en

¹³⁵ Arbeidsmiljøloven (2005) § 14-2 femte ledd

¹³⁶ *Arbeidsrett.no. Kommentarer til arbeidsmiljøloven* (2011) s. 763

¹³⁷ Evju (1979) s. 327

balansegang da det neppe kan kreves at arbeidstaker følger med på ledige stillinger, jf. Johansen.¹³⁸

I en sak som kom for Agder lagmannsrett i 1994 ble spørsmålet om aksept av tilbud om ny stiling behandlet.¹³⁹ Hovedspørsmålet i saken var erstatning for en arbeidstaker med fortrinnsrett som ikke fikk ny stilling. Tilbudet om ny stilling var betinget av at fortrinnsrettshaver var skikket til stillingen, og retten fant dette uproblematisk. Flertallet i lagmannsretten uttalte om aksept av tilbudet:

*"A kan imidlertid etter flertallets mening ikke sies å ha akseptert tilbudet, og det er en slik aksept som kreves hvis ikke fortrinnsretten skal falle bort. A sier i svarbrevet at "det vil være av interesse å bli orientert om jobbtilbud" på ettersommeren 1992. [...] En tilkjennevisning av interesse for orientering om jobbtilbud på et senere tidspunkt er noe annet enn en slik aksept som kreves etter arbeidsmiljøloven § 67 nr. 1 fjerde ledd [nåværende § 14-2 sjette ledd]. Det kan etter flertallets syn under ingen omstendighet anses erstatningsbetingende uaktsomt av Down Town Bowling å oppfatte brevet slik det ble oppfattet, og heller ikke å unnlate å få bekreftet av A at svaret var riktig oppfattet."*¹⁴⁰

Retten la til grunn at fortrinnsretten falt bort. Begrunnelsen er at en eventuell aksept fra arbeidstaker, i dette tilfellet, kunne ha inneholdt et forbehold om tiltredelse etter fødselspermisjon.

Det må hvile et større ansvar på arbeidsgiver her som ellers i et arbeidsforhold. Når det gjelder avklaringen av hvorvidt svar er gitt fra arbeidstaker, må det hvile på arbeidsgiver å forsikre seg om at de oppfatter meddelelsen korrekt for at fortrinnsretten skal bortfalle. Mindretallets synspunkt i ovennevnte dom er i så henseende interessant:

"Mindretallet ser det slik at spørsmålet om bortfall av arbeidstakerens fortrinnsrett etter arbeidsmiljøloven § 67 nr 1 fjerde ledd [nåværende § 14-2 sjette ledd] er knyttet både til "tilbudet" under de første forberedelsene, og til det endelige, konkret utformede

¹³⁸ Johansen (2006) s. 35

¹³⁹ RG-1994-366 (Agder lagmannsrett)

¹⁴⁰ RG-1994-366 (Agder lagmannsrett) andre avsnitt under flertallets bemerkninger

tilbudet som er avtalerettslig bindende og gir grunnlag for aksept og arbeidsavtale. Dersom arbeidstakeren således allerede i den første fasen inntar det standpunkt at det ikke er aktuelt med nyttilsetting og gir melding om dette eller unnlater å svare innen fristen, må arbeidsgiveren kunne anse seg løst fra forpliktelsen etter arbeidsmiljøloven § 67 [nåværende § 14-2]. I slike tilfelle kan det for øvrig også være naturlig å se det slik at fortrinnsretten er frafalt. Det må etter mindretallets oppfatning, stilles strenge krav til notoriteten og klarheten i den meddelelse eller passivitet fra arbeidstakeren som skal få den virkning at fortrinnsretten er falt bort allerede i denne første fasen."¹⁴¹

Mindretallet deler altså tilbud og aksept opp i forberedende og avsluttende fase, og sier at hva som kan kreves av arbeidsgiver, avhenger av hvor i prosessen partene er. De legger, så vidt jeg kan se, opp til en strengere norm enn flertallet for hva som generelt må kunne kreves av arbeidsgiver. Bedriften anfører at de har tolket meddelelsen fra arbeidstaker som et avslag og at de i ettertid har bekreftet dette i et brev. Mindretallet uttaler om dette:

"[...] Mindretallet ser det derfor slik at lagmannsretten vanskelig kan bygge sin avgjørelse på at A har mottatt et slikt brev og unnlatt å besvare det. For så vidt må bedriften her ha bevisbyrden."¹⁴²

Jeg deler synspunktet om at bevisbyrden må hvile på arbeidsgiver, som nevnt over, med hensyn til å bevise at fortrinnsretten faktisk er frafalt. Dette er et rimelig resultat i tvilstilfellene. Dersom problemstillingen om aksept av tilbudet skulle komme på spissen, ser jeg ikke bort fra at det er uenighet om nettopp hva som rent faktisk har skjedd som er tvistepunktet. Rettsstilstanden etter denne dommen må være i samsvar med flertallet, med den konsekvens at det ikke stilles så strenge krav til klarhet og notoritet fra arbeidsgiver. Dersom liknende problemstilling kommer for Høyesterett igjen, kan det imidlertid tenkes at rettsstilstanden endres i tråd med mindretallets synspunkt.

6.1.3 Hva er "passende stilling"?

Det er et vilkår for bortfall av fortrinnsretten at stillingen er "passende".¹⁴³ Kravet innebærer ikke at stillingen må ligge på samme nivå som stillingen vedkommende ble sagt opp fra.¹⁴⁴ I

¹⁴¹ RG-1994-366 (Agder) tredje avsnitt under mindretallets bemerkninger

¹⁴² RG-1994-366 (Agder) sjettede avsnitt under mindretallets bemerkninger

forarbeidene ble det påpekt at kravet til passende arbeid ikke må legges for høyt. Ved utredningen til ny lov ble det vurdert hvorvidt kravet for hva som kreves av arbeidsgiver skulle endres. Det ble i den forbindelse uttalt:

*"Utvalget er av den oppfatning at dersom fortrinnsretten skulle bortfalle uavhengig av hvilken stilling som er tilbudt vil retten bli tilnærmet illusorisk. Utvalget vil peke på at hva som skal anses som "passende arbeid" vil bero på en helhetsvurdering. Det kan godt tenkes at arbeidstaker vil foretrekke å få et redusert tilbud fremfor å bli arbeidsledig. Det vil i utgangspunktet være opp til partene å bli enige om hva som er passende i det enkelte tilfelle, og her vil arbeidstakerens egen oppfatning ikke være uvesentlig. Utvalget understreker at det er vanskelig å finne et annet begrep enn "passende arbeid" som bedre vil kunne klargjøre hva som kreves. Det vil ellers være opp til domstolene å foreta en konkret vurdering i det enkelte tilfelle hvorvidt en stilling må anses som "passende"."*¹⁴⁵

I forarbeidene til 1977-loven ble det lagt til grunn at retningslinjene for utbetaling av den gangs arbeidsledighetstrygd burde ha betydning ved vurderingen av hva som var en passende stilling.¹⁴⁶ De tilsvarende reglene i dagens lov om folketrygd av 1997 nr. 19 § 4-5¹⁴⁷, sier at en mottaker av dagpenger må være reell arbeidssøker. I dette ligger at den arbeidsløse må være villig til å ta ethvert arbeide som NAV anser "høvelig" for å betraktes som en reell arbeidssøker.¹⁴⁸ Johansen benytter seg også av uttrykket "høvelig arbeid" som en dekkende formulering for hva som ligger i fortrinnsrettshavendes plikt til å akseptere "passende stilling".¹⁴⁹ Sett i sammenheng med folketrygdloven mener Johansen at arbeidsgiver må tilby det "arbeidstaker anser som optimalt"¹⁵⁰ før han tilbyr det han har. Deretter vil det ikke kreves særlig innsats før arbeidsgiver har oppfylt sine plikter. Det er uklart hva som ligger i dette. Jeg tolker Johansen dithen at arbeidstaker må tilbys den best egnede stillingen for han. For at kravet til passende

¹⁴³ Arbeidsmiljøloven (2005) § 14-2 femte ledd

¹⁴⁴ Johansen (2011) s. 543

¹⁴⁵ NOU 2004:5 s. 338

¹⁴⁶ Ot.prp. nr. 41 (1975-1976) s. 79

¹⁴⁷ Folketrygdloven § 4-5

¹⁴⁸ Gyldendal Rettsdata (2014)

¹⁴⁹ Johansen (2006) s. 35

¹⁵⁰ Johansen (2006) s. 35

stilling skal være oppfylt må arbeidsgiver tilby det best egnede alternativet, såfremt det er valgmuligheter.

Arbeidslivslovutvalget mente at hva som skal anses å være passende arbeid måtte bero på en helhetsvurdering, jf. det siterte utdraget ovenfor. Utgangspunktet må etter utvalgets syn være at det er opp til partene å avgjøre hva som er passende i det enkelte tilfelle og ved denne vurderingen vil ikke arbeidstaker sin egen oppfatning være uvesentlig.¹⁵¹ Fougner m.fl. er imidlertid uenig i utsagnet om at det vil være opp til partene hva som er passende. Stillingen skal i det konkrete tilfellet objektivt sett anses passende og dette beror på en rettslig vurdering av det enkelte tilfellet.¹⁵² Rettskildene taler dermed for at det må bero på en rettslig vurdering hvorvidt stillingen kan anses passende, men at arbeidstakers egen oppfatning også må tas i betraktning såfremt den er realistisk.

6.1.4 Sammenhengen med arbeidsmiljøloven § 14-1 - har arbeidsgiver en informasjonsplikt?

Arbeidsmiljølovens § 14-1 behandles ikke i oppgaven på selvstendig grunnlag. Det er imidlertid nødvendig å ta den med ettersom det, i forlengelsen av spørsmål om bortfall av fortrinnsrett, er naturlig å spørre i hvilken grad arbeidsgiver plikter å gi informasjon om ledige stillinger.

Bestemmelsen i § 14-1 lyder:

*"Arbeidsgiver skal informere arbeidstakerne om ledige stillinger i virksomheten. Innleid arbeidstaker skal informeres på tilsvarende måte."*¹⁵³

Bestemmelsen er generelt utformet og gir ikke anvisning på hvordan virksomheten skal informere de ansatte. Lovgiver har overlatt dette til virksomhetens skjønn, forutsetningen er at informasjon gis. I Ot.prp. nr. 64 (2001-2002) uttalte Arbeidsdepartementet om dette:

"Arbeidsgiver må imidlertid være bevisst på hvilke informasjonsmetoder som benyttes og sørge for at informasjonen er tilgjengelig for alle arbeidstakere. På den annen side

¹⁵¹ NOU 2004:5 s. 338

¹⁵² *Arbeidsmiljøloven. Kommentartutgave* (2013) s. 607

¹⁵³ *Arbeidsmiljøloven § 14-1*

stilles det ikke krav om omfattende informasjonstiltak. Det er tilstrekkelig med en generell meddelelse som f.eks. slås opp på et sentralt sted i virksomheten, legges ut på intranett/intranett eller publiseres i et internblad. Det kreves m.a.o. ikke at informasjonen skal formidles individuelt til den enkelte arbeidstaker."¹⁵⁴

Plikten til å informere arbeidstakere gjelder overfor alle arbeidstakere, herunder fortrinnsrettshaver, og ikke bare midlertidig ansatte, slik som direktivet¹⁵⁵ bestemmelsen har sin bakgrunn i, krever.¹⁵⁶ Plikten til å informere omfatter etter ordlyden "arbeidstakere". Dette innebærer at plikten etter § 14-1 ikke omfatter fortrinnsrettshavere som ikke lenger er ansatt. For ordens skyld påpekes det i teorien at det ikke slik at bestemmelsen i seg selv gir fortrinnsrett.¹⁵⁷

En problemstilling knyttet til informasjonsplikten er hva som skal til for at arbeidsgiver skal anses å ha oppfylt sin plikt til å informere fortrinnsrettshaver om ledige stillinger. Departementet la i 2002, som sitert ovenfor, til grunn i at det er tilstrekkelig med en generell meddelelse til arbeidstakere. Begrunnelsen var at målrettet informasjon til midlertidig ansatte virket tungvint og byråkratisk. Jeg legger til grunn at departementet uttalte seg om situasjoner hvor fortrinnsrettshaver fremdeles er ansatt. Et viktig scenario i praksis er imidlertid situasjoner hvor fortrinnsrettshaver sin oppsigelsestid er utløpt og vedkommende dermed ikke lenger er å anse som arbeidstaker. I en sak fra 2012 for Borgarting lagmannsrett uttalte retten seg om nettopp dette. Saken gjaldt spørsmål om brudd på fortrinnsrett og krav på erstatning fra en organisasjon som gikk konkurs. Lagmannsretten uttalte om informasjonsplikten:

"Etter arbeidsmiljøloven § 14-1 skal arbeidsgiver orientere arbeidstakerne om ledige stillinger i virksomheten. For en arbeidstaker som er oppsagt, er det rimelig å forvente at orienteringen går direkte til arbeidstaker, per post, e-post eller telefon. A X hadde også i brev gjentatt gitt uttrykk for at B ville bli informert om ledige stillinger.

[...]

¹⁵⁴ Ot.prp. nr. 64 (2001-2002) s. 4

¹⁵⁵ Rdir. 99/70/EF

¹⁵⁶ Ot.prp. nr. 64 (2001-2002) s. 4

¹⁵⁷ Johansen (2011) s. 536

*Arbeidsgiver har således ikke oppfylt sin informasjonsplikt i relasjon til A ved å annon-
sere stillingen via de alminnelige offentlige kanaler, hjemmeside mm. De må bære risi-
koen for at A ikke ble kjent med utlysningen.*"¹⁵⁸

Denne avgjørelsen taler for at det ligger mer i arbeidsgiver sin plikt til å informere hvor for-
trinnsrettshaver har fratrudd. I en slik situasjon vil det etter min mening være nødvendig å in-
formere fortrinnsrettshaver direkte. Første setning i det siterte fra lagmannsretten er en gene-
rell uttalelse og retter seg ikke spesielt til sakens fakta, noe som må tilsi at dette gjelder gene-
relt.

¹⁵⁸ RG-2012-726 (Borgarting) første og siste avsnitt under punkt 2.1. av lagmannsrettens bemerkninger

7 Utvelgelseskriteriene

7.1 Om bestemmelsen i arbeidsmiljøloven § 14-2 sjette ledd

7.1.1 Historie og bakgrunn

Reglene for utvelgelse i de tilfeller hvor det er flere fortrinnsberettigete til samme stilling kom inn ved en lovendring i 1995.¹⁵⁹ Lovreglene ble til som følge av avgjørelsen i Rt. 1992 s. 1039.¹⁶⁰ En gruppe arbeidstakere som ikke ble ansatt til tross for lang ansiennitet hos sin tidligere arbeidsgiver, mente de var forbigått i strid med fortrinnsregelen. Høyesterett kom til at loven ikke oppstilte noen begrensning i arbeidsgivers adgang til å velge mellom flere fortrinnsberettigete og arbeidstakerne fikk ikke medhold. Rettstilstanden ble altså endret etter dommen slik at arbeidsgiver ble forpliktet til å følge de samme reglene som ved den forutgående oppsigelse. Bestemmelsen ble videreført til 2005-loven uten endringer av betydning.

Bestemmelsen i sjette ledd lyder:

*"Er det flere fortrinnsberettigede til en stilling, plikter arbeidsgiver å følge de samme regler for utvelgelse som de som gjelder ved oppsigelser på grunn av driftsinnskrenking eller rasjonaliseringstiltak."*¹⁶¹

7.1.2 Nærmere om arbeidsmiljøloven § 14-2 sjette ledd

Etter sjette ledd er det "samme regler" for utvelgelsen ved nedbemanning som skal følges ved inntreden i ny stilling i forbindelse med fortrinnsrett. I forarbeidene til 2005-loven ble det imidlertid presisert at rekkefølgen ikke nødvendigvis behøver å være den samme:

*"Dette innebærer imidlertid ikke nødvendigvis at den samme rekkefølgen skal brukes ved nyansettelser som ved oppsigelse. Etter en nedbemanning kan det skje endringer for eksempel med hensyn til virksomhetens behov for kompetanse, som det kan være relevant å legge vekt på ved vurderingen av hvem av de fortrinnsberettigede som skal velges."*¹⁶²

¹⁵⁹ Endringslov til arbeidsmiljøloven m v (1995)

¹⁶⁰ *Arbeidsmiljøloven. Kommentartutgave.* (2013) s. 608

¹⁶¹ Arbeidsmiljøloven (2005) § 14-2 sjette ledd

¹⁶² Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 222

At de samme regler skal følges betyr blant annet at samme kriterier som kommer til anvendelse ved nedbemanning, vil benyttes også ved inntreden i ny stilling. Dette innebærer eksempelvis at dersom virksomheten er forpliktet gjennom tariffavtale til å følge ansiennitetsregler ved nedbemanning, slik situasjon er etter Hovedavtalen LO-NHO (2010-2013) § 9-12¹⁶³, så vil tilsvarende gjelder ved gjeninntak. I forarbeidene uttaltes om dette:

*"[...] Det legges ikke opp til en ren ansiennitetsvurdering, men en helhetlig saklighetsvurdering hvor flere ulike momenter vil være av betydning."*¹⁶⁴

De forskjellige momentene som kan vektlegges ved denne helhetlige saklighetsvurderingen gjennomgås i neste punkt.

7.1.3 Utvelgelseskriteriene

Utvelgelsesprosessen i situasjoner hvor det er flere fortrinnsberettigede til samme stilling skal følge de kriteriene som legges til grunn ved nedbemanningen. Etter aml. § 15-7 skal en oppsigelse være "saklig begrunnet", jf. annet ledd første punktum. Ved avgjørelsen av om oppsigelsen har saklig grunnlag skal det foretas "en avveining mellom virksomhetens behov og de ulemper oppsigelsen påfører den enkelte arbeidstaker."¹⁶⁵ Gjennom rettspraksis og teori har det blitt utviklet ulike momenter som bør tas hensyn til ved denne vurderingen, og som følger er relevante også for vurderingen etter § 14-2 sjette ledd.¹⁶⁶ Momenter i vurderingen kan være:

- Kompetanse
- Personlig egnethet
- Ansiennitet
- Sosiale forhold

Herunder vil arbeidstakers økonomiske stilling og alder kunne ha betydning. Under sosiale forhold vil det typisk ha betydning at en fortrinnsrettsberettiget har forsørgerbyrde. Eventuelle utsikter på arbeidsmarkedet vil også måtte tas i betraktning.

¹⁶³ Hovedavtalen LO-NHO (2012-2013) § 9-12

¹⁶⁴ Ot.prp. nr. 50 (1993-1994) s. 240

¹⁶⁵ Arbeidsmiljøloven (2005) § 15-7 annet ledd annet punktum

¹⁶⁶ *Arbeidsrett.no. Kommentarer til arbeidsmiljøloven.* (2011) s. 763

Det er ikke automatisk slik at de momentene som ble lagt til grunn ved utvelgelsen i forbindelse med nedbemanningen er de samme som er hensiktsmessig å legge til grunn ved vurderingen i forbindelse med en senere inntreden gjennom fortrinnsrett. I forbindelse med dette uttalte departementet i ot.prp. nr. 49 (2004-2005):

"Den individuelle saklighetsvurderingen ved arbeidsgivers valg mellom flere fortrinnsberettigede kan gi forskjellig resultat på henholdsvis oppsigelsestidspunktet og gjenninntakelsestidspunktet. De ulike hensyn som skal vektlegges kan variere over tid, og vil kunne falle ulikt ut etter en vurdering på oppsigelsestidspunktet og tidspunktet for nyansettelse. [...] Departementet vil derfor presisere at det er forholdene på tidspunktet for nyansettelse, og ikke oppsigelsestidspunktet, som skal legges til grunn ved vurdering av den innbyrdes prioritering mellom flere fortrinnsberettigede. Dette innebærer ingen materiell endring i forhold til dagens regel. Etter gjeldende rett er det heller ikke slik at arbeidsgiver uten videre kan snu rekkefølgen på listen over oppsagte ved oppbemanning, jf. Ot.prp. nr. 50 (1993 – 1994) s. 203."¹⁶⁷

Utgangspunktet er altså at de samme kriteriene som ved nedbemanning, kommer til anvendelse ved utvelgelsen av hvilken fortrinnsrettshaver som skal få ny ansettelse. Arbeidsgiver må imidlertid foreta en helhetlig vurdering hvor de momentene som individuelt har betydning for aktuelle fortrinnsrettshaver, tas i betraktning.

7.1.4 Prioritet mellom fortrinnsberettigede

I aml. § 14-3, som gjelder fortrinnsrett for deltidsansatte, er det tatt inn en regel i tredje ledd som delvis regulerer prioriteten mellom de forskjellige gruppene ansatte. Aml. § 14-3 behandles ikke i sin helhet. Prioritetsreglene etter bestemmelsens tredje ledd har imidlertid betydning ved vurderingen av fortrinnsrett etter § 14-2, og tas derfor med. Bestemmelsen lyder:

"Fortrinnsrett etter § 14-2, med unntak av § 14-2 andre ledd første punktum, går foran fortrinnsrett for deltidsansatte."¹⁶⁸

¹⁶⁷ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 224

¹⁶⁸ Arbeidsmiljøloven (2005) § 14-3 tredje ledd

Ved spørsmål om prioriteten internt for de som finner hjemmel for fortrinnsrett etter § 14-2, vil den ordinære fortrinnsretten gå foran fortrinnsrett for midlertidig ansatte. Fortrinnsrett for deltidsansatte etter § 14-3 er imidlertid prioritert før midlertidig ansatte. Om prioriteten mellom deltidsansatte og midlertidig ansatte uttalte departementet:

*"Samtidig foreslår departementet at en deltidsansatt med fortrinnsrett skal gå foran en midlertidig ansatt med fortrinnsrett etter § 14-2 andre ledd, første punktum. Departementet finner det rimelig at en fast deltidsansatt bør ha prioritet foran en midlertidig ansatt som ikke har fått noe reengasjement i virksomheten."*¹⁶⁹

Prioriteten er klart regulert gjennom loven og godt begrunnet i forarbeidene til 2005-loven og bør således ikke by på problemer i praksis.

¹⁶⁹ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 227

8 Fortrinnsrett ved virksomhetsoverdragelse

8.1 Kort om virksomhetsoverdragelse jf. arbeidsmiljøloven § 16-1

I arbeidsmiljølovens kapittel 16 behandles reglene om virksomhetsoverdragelse som har tilknytning til arbeidsforholdet. Virkeområdet for reglene og begrepet virksomhetsoverdragelse beskrives i aml. § 16-1 første ledd slik:

*"Dette kapittel kommer til anvendelse ved overdragelse av en virksomhet eller del av virksomhet til en annen arbeidsgiver. Med overdragelse menes overføring av en selvstendig enhet som beholder sin identitet etter overføringen."*¹⁷⁰

Bestemmelsene i kapittel 16 er en videreføring av de tilsvarende reglene i 1977-lovens kapittel XII A.¹⁷¹ Reglene kom opprinnelig inn i 1992 som en del av gjennomføringen av EU sitt direktiv om virksomhetsoverdragelse.¹⁷² I 2001 ble reglene endret til dagens på bakgrunn av endring i direktivet fra EU.¹⁷³

Essensen i aml. kapittel 16 er at arbeidstakernes individuelle rettigheter overføres til ny arbeidsgiver ved virksomhetsoverdragelse.¹⁷⁴

8.2 Reservasjonsrett og fortrinnsrett ved virksomhetsoverdragelse jf. arbeidsmiljøloven § 16-3

Bestemmelsen i § 16-3 regulerer reservasjonsretten den enkelte arbeidstaker har ved virksomhetsoverdragelse. Reservasjonsretten innebærer at arbeidstaker kan motsette seg at arbeidsforholdet videreføres hos ny arbeidsgiver etter at virksomhetsoverdragelse har skjedd.¹⁷⁵ Virkningen av at arbeidstaker utøver sin reservasjonsrett er at arbeidsforholdet ikke overføres.

¹⁷⁰ Arbeidsmiljøloven (2005) § 16-1 første ledd

¹⁷¹ NOU 2004:5 s. 355

¹⁷² Rdir. 77/187/EF (Opphevet)

¹⁷³ Rdir. 98/50/EF

¹⁷⁴ Egede-Nissen (2005) s. 183

¹⁷⁵ Arbeidsmiljøloven (2005) § 16-3 første ledd

Retten utløser imidlertid ikke de samme rettsvirkninger som ved oppsigelse.¹⁷⁶ Arbeidstaker kan altså ikke påberope seg lovens oppsigelsesvern i slike tilfeller.¹⁷⁷ Etter andre ledd oppstilles formelle frister og vilkår dersom en arbeidstaker faktisk benytter seg av sin reservasjonsrett. Det som er interessant i forbindelse med fortrinnsretten er bestemmelsens tredje ledd som lyder:

*"Arbeidstaker som har vært ansatt i virksomheten i til sammen minst 12 måneder de siste to år før overdragelsestidspunktet, og som gjør gjeldende reservasjonsrett etter denne paragraf, har fortrinnsrett til ny ansettelse hos tidligere arbeidsgiver i ett år fra overdragelsestidspunktet, med mindre det gjelder en stilling arbeidstaker ikke er kvalifisert for. Fortrinnsretten faller bort dersom arbeidstaker ikke har akseptert et tilbud om ansettelse i en passende stilling senest 14 dager etter at tilbudet ble mottatt. Fortrinnsrett etter §§ 10-2 fjerde ledd, 14-2 og 14-3 går foran fortrinnsrett etter paragrafen her."*¹⁷⁸

Arbeidstaker som velger å utøve sin reservasjonsrett, har altså fortrinnsrett hos tidligere arbeidsgiver på tilsvarende vilkår som med den ordinære fortrinnsretten etter § 14-2. I forarbeidene til ny lov ble det lagt til grunn at vilkårene skal forstås på samme måte som etter § 14-2.¹⁷⁹

Det som skiller seg fra vilkårene etter § 14-2 er imidlertid at arbeidstaker må ha vært ansatt hos tidligere arbeidsgiver i 12 måneder av de to siste to årene før overdragelsestidspunktet, jf. § 16-3, i motsetning til i 12 måneder av de to siste årene før nedbemanningen jf. § 14-2. At tidspunktet regnes fra før overdragelsestidspunktet er naturlig, ettersom dette er skjæringspunktet i ansettelsesforholdet ved en virksomhetsoverdragelse. Fortrinnsretten gjelder i ett år fra overdragelsestidspunktet, i motsetning til fra oppsigelsestidspunktet som gjelder ved ordinær fortrinnsrett. Ettersom arbeidstaker ikke blir sagt opp, men får overført sitt arbeidsforhold til ny arbeidsgiver, er det ikke et oppsigelsestidspunkt å ta utgangspunkt i. Overdragelsestidspunktet er altså det sentrale skjæringspunkt også her. Det vises for øvrig til behandlingen av

¹⁷⁶ Gyldendal Rettsdata (2014)

¹⁷⁷ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 267 og 340

¹⁷⁸ Arbeidsmiljøloven (2005) § 16-3 tredje ledd

¹⁷⁹ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 267

de tilsvarende vilkårene etter § 14-2 tidligere i oppgaven, se særlig punktene 3.1.5., 3.1.6., 5. og 6.

En arbeidstaker som aksepterer at arbeidsforholdet overføres til den nye virksomheten har ingen fortrinnsrett til ny stilling i den overdragende virksomheten.¹⁸⁰ Arbeidstaker har i denne situasjonen ikke behov for vern, slik som reglene om fortrinnsrett tar sikte på å gi, ettersom vedkommende har fått tilbud om, og akseptert, ny stilling. Hos den nye arbeidsgiveren vil imidlertid arbeidstakeren ha fortrinnsrett på lik linje som de andre ansatte.¹⁸¹ Arbeidstakers opparbeidede ansiennitet fra overdrageren vil følge med over til ny virksomhet.¹⁸²

Siste punktum i § 16-3 tredje ledd oppstiller prioritetsrekkefølgen for fortrinnsrettshaverne. Fortrinnsrett for henholdsvis faste ansatte, deltidsansatte, midlertidig ansatte, jf. §§ 14-2 og 14-3, samt fortrinnsrett for arbeidstakere med redusert arbeidstid, jf. § 10-2 fjerde ledd, går foran arbeidstaker som har fortrinnsrett etter § 16-3 tredje ledd. Prioritetsrekkefølgen blir i forarbeidene begrunnet med at arbeidstakerne ved virksomhetsoverdragelse har et mindre behov for vern.¹⁸³ De befinner seg i en annen posisjon enn fortrinnsrettshavere som har mistet jobben grunnet driftsinnskrenkninger. Elementet av frivillighet er ikke ubetydelig ved denne vurderingen.¹⁸⁴ Arbeidstaker har hatt et tilbud og takket nei, dette taler klart for at vedkommende ikke har et like stort behov for vern, slik også forarbeidene fremhever. Se for øvrig punkt 7.1.4 om prioritetsrekkefølgen.

En problemstilling som blant annet er behandlet av Jakhelln¹⁸⁵ er imidlertid hvorvidt en allerede eksisterende fortrinnsrett kan overføres til ny arbeidsgiver som en individuell rettighet, jf. § 16-2 første ledd. Bestemmelsen lyder:

"Tidligere arbeidsgivers rettigheter og plikter som følger av arbeidsavtale eller arbeidsforhold som foreligger på det tidspunkt overdragelsen finner sted, overføres til den nye

¹⁸⁰ Gyldendal Rettsdata (2014)

¹⁸¹ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 267

¹⁸² *Arbeidsmiljøloven. Kommentartutgave* (2013) s. 983 og 984

¹⁸³ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 267

¹⁸⁴ *Omstilling og nedbemanning* (2011) s. 193

¹⁸⁵ *Arbeidsrett.no. Kommentarer til arbeidsmiljøloven* (2011) s. 754

arbeidsgiver. Krav etter første punktum kan fortsatt gjøres gjeldende overfor den tidligere arbeidsgiver."¹⁸⁶

Ordlyden kan tale for at arbeidsforhold som er avsluttet på overdragelsestidspunktet, ikke overføres til ny arbeidsgiver ved en senere virksomhetsoverdragelse.¹⁸⁷ Jakhelln mener imidlertid at rettighetene til arbeidstaker, herunder fortrinnsrett, ikke kan reduseres som en konsekvens av virksomhetsoverdragelsen i seg selv.¹⁸⁸

I en sak for Frostating lagmannsrett av 31. mars 1997¹⁸⁹ hadde tidligere arbeidsgiver tapt en anbudskonkurranse. To ambulansesjåfører fremmet krav om ansettelse og hevdet subsidiært at det hadde skjedd en virksomhetsoverdragelse med den følge at de skulle ha fortrinnsrett hos ny arbeidsgiver. Lagmannsretten konkluderte med at det hadde skjedd en virksomhetsoverdragelse og at ambulansesjåførene hadde fortrinnsrett hos ny arbeidsgiver. De to ble imidlertid ikke gjeninnsatt i stillingene. Retten vurderte det dithen at begge var i nye arbeidsforhold og det ville være større problemer knyttet til gjeninnsettelse for arbeidsgiver enn behovet arbeidstakerne hadde for stillingene.¹⁹⁰ Det skal bemerkes at den nye arbeidsgiveren aksepterte at reglene om fortrinnsrett kom til anvendelse dersom retten kom til at det var skjedd en virksomhetsoverdragelse. Spørsmålet ble dermed ikke drøftet prinsipielt.¹⁹¹

Løten-dommen fra Høyesterett i 1997¹⁹² kan indikere at også arbeidstakere som før virksomhetsoverdragelsen har blitt sagt opp grunnet nedbemanning, har fortrinnsrett til ny stilling hos den nye virksomheten. Saken gjaldt en privat drevet skolefritidsordning som ble nedlagt grunnet økonomiske vanskeligheter. Kommunen startet kort tid etter opp med et lignende tilbud, i de samme lokalene og til de samme familiene. De tidligere ansatte krevet fast ansettelse i den kommunale virksomheten og subsidiært fortrinnsrett til tilsetting. Høyesterett uttalte om dette:

¹⁸⁶ Arbeidsmiljøloven (2005) § 16-2 første ledd

¹⁸⁷ *Arbeidsrett.no. Kommentarer til arbeidsmiljøloven* (2011) s. 754

¹⁸⁸ *Arbeidsrett.no. Kommentarer til arbeidsmiljøloven* (2011) s. 754

¹⁸⁹ RG-2000-833 (Frostating lagmannsrett)

¹⁹⁰ RG-2000-833 (Frostating lagmannsrett) tredje avsnitt under lagmannsrettens bemerkninger

¹⁹¹ *Arbeidsrett.no. Kommentarer til arbeidsmiljøloven* (2011) s. 755

¹⁹² Rt. 1997 s. 1954 (Løten)

*"De ankende parter har gjort gjeldende at man like fullt kan stå ovenfor 'samme virksomhet', slik dette begrepet må forstås i § 67 [nåværende § 14-2]. Når jeg i det foregående ikke har funnet den nødvendige identitet, skyldes det nettopp at virksomheten på kommunens hånd har fått et noe annet innhold enn hva situasjonen var tidligere. I tillegg kommer at virksomheten nå drives av en annen innehaver, Løten kommune. Med bakgrunn i disse omstendigheter er jeg kommet til at de tre nevnte arbeidstakere heller ikke har noen fortrinnsrett etter arbeidsmiljøloven § 67 [nåværende § 14-2]."*¹⁹³

Høyesterett avgjorde her ikke spørsmålet endelig ettersom uttalelsene er begrunnet i de konkrete omstendighetene i saken.

Jakhelln mener gode grunner taler for at den løsningen Løten-dommen indikerer, bør være tilsvarende i tilfeller hvor det er snakk om hel virksomhetsoverdragelse, som eksempelvis ved fusjon av flere virksomheter.¹⁹⁴ Hvor kun deler av virksomheten overdras er løsningen ikke like sikker. Ved kun delvis overdragelse blir problemstillingen hvorvidt arbeidstakeren har fortrinnsrett i noen del av virksomheten.¹⁹⁵ Dette avhenger av om oppsigelsestiden hos tidligere arbeidsgiver har utløpt. Er ikke oppsigelsestiden utløpt så er arbeidstaker å anse som i et arbeidsforhold. I litteraturen hevdes det at hvor oppsigelsen er bestridt og arbeidstaker benytter seg av sin rett til å stå i stilling, må arbeidsforhold også anses å bestå.¹⁹⁶ Er oppsigelsestiden derimot utløpt, er det etter ordlyden i § 16-2 første ledd ikke et foreliggende arbeidsforhold med den følge at arbeidstaker ikke har fortrinnsrett.

Nedbemanning kan skje også hos den nye virksomheten. Dersom arbeidstaker blir sagt opp grunnet nedbemanning etter at virksomhetsoverdragelse har skjedd står tvisten mellom ny arbeidsgiver og arbeidstaker. Problemstillingen løses da som normalt etter § 14-2 med den følge at arbeidstaker har fortrinnsrett der vedkommende er ansatt.

¹⁹³ Rt. 1997 s. 1954 (Løten) andre avsnitt under Høyesteretts bemerkninger punkt 5

¹⁹⁴ *Arbeidsrett.no. Kommentarer til arbeidsmiljøloven* (2011) s. 755

¹⁹⁵ *Arbeidsrett.no. Kommentarer til arbeidsmiljøloven* (2011) s. 755

¹⁹⁶ *Arbeidsrett.no. Kommentarer til arbeidsmiljøloven* (2011) s. 755

Ved virksomhetsoverdragelse må det etter dette klarlegges hvorvidt arbeidstaker har fortrinnsrett hos overdragende eller ny virksomhet. Dersom det er ny virksomhet arbeidstaker eventuelt har fortrinnsrett hos, må det i tillegg skilles mellom tilfellene hvor det skjer hel eller delvis virksomhetsoverdragelse. Deretter må en helhetlig vurdering foretas jf. avsnittene over, for å avklare hvorvidt fortrinnsrett utløses.

9 Fortrinnsretten som begrensning i arbeidsgivers styringsrett

9.1 Kort om arbeidsgivers styringsrett

Styringsrett er betegnelsen på den rett arbeidsgiver har til å treffe beslutninger om arbeidsforholdet og virksomheten.¹⁹⁷ Styringsretten innebatter retten arbeidsgiver har til å ansette og å si opp arbeidstakere, bestemme hvilken arbeidstaker som gjør hva, samt å disponere arbeidstakers tid. Alt innenfor det som allerede er klarlagt etter lov, arbeidsavtale eller andre bindende rammeverk for arbeidsforholdet. Det ble på generelt grunnlag uttalt om styringsretten av Høyesterett i 2000:

*"Arbeidsgiveren 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. Ved tolkingen og utfyllingen av arbeidsavtalene må det blant annet legges vekt på stillingsbetegnelse, omstendighetene rundt ansettelsen, sedvaner i bransjen, praksis i det aktuelle arbeidsforhold og hva som finnes rimelig i lys av samfunnsutviklingen."*¹⁹⁸

Styringsretten omtales til tider som en restkompetanse.¹⁹⁹ Med dette menes at styringsretten er den kompetansen arbeidsgiver har igjen etter at andre ytre skranker som lover, tariffavtaler, arbeidsavtalen, rettspraksis og andre gjeldende retningslinjer er tatt hensyn til.

9.2 Om fortrinnsretten som begrensning i styringsretten

Fortrinnsretten griper direkte inn i arbeidsgivers adgang til styring, blant annet ved at arbeidsgiver ikke fritt kan velge mellom nyansettelser.²⁰⁰ Retten er hjemlet i arbeidsmiljøloven og er således noe arbeidsgiver må forholde seg til. Fortrinnsretten kan altså ikke endres ved ensidig disposisjon fra arbeidsgiver sin side. På den annen side er reglene om fortrinnsrett undergitt begrensninger. Begrensningene i adgangen til fortrinnsrett regulerer rettighetene til arbeidstaker, slik at arbeidsgivers behov for styringsrett likevel ikke gjør seg gjeldende i så stor grad.

¹⁹⁷ Fougner (2009) s. 235

¹⁹⁸ Rt. 2000 s. 1602 (Nøkk) andre avsnitt under Høyesteretts bemerkninger

¹⁹⁹ *Omstilling og nedbemanning* (2011) s. 110

²⁰⁰ *Arbeidsmiljøloven. Kommentartutgave* (2013) s. 599

Et annet argument for at fortrinnsrettens inngripen i arbeidsgivers styringsrett ikke er utelukkende i arbeidstakers favør, er at virksomheten også kan tjene på fortrinnsrett. Departementet uttalte om dette i 2005:

*"Etter departementets vurdering må reglene om fortrinnsretten anses å ha en like viktig funksjon i dagens arbeidsliv som da reglene ble innført i 1977. Foruten å bidra til formålet om et effektivt stillingsvern, kan fortrinnsretten medvirke til gode og framtidrettede omstillingsprosesser ved at arbeidstakerne har forventninger om videreføring av ansettelsesforholdene der det er saklig grunnlag for det. Manglende forutsigbarhet i en omstillingsprosess kan føre til at arbeidstakere søker seg ut av virksomheten tidlig i prosessen. Fortrinnsretten kan således bidra til å sikre virksomhetene opparbeidet kompetanse."*²⁰¹

Her peker departementet på viktige sider av fortrinnsretten som etter min mening godt begrunner hvorfor det må være adgang til at fortrinnsretten griper inn i arbeidsgivers styringsrett.

²⁰¹ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 223

10 Kvalifikasjonskravene sett i sammenheng

10.1 Sammenlikning

Arbeidstaker har, som vi så i oppgavens punkt 3.1.5., fortrinnsrett til ny stilling såfremt de øvrige vilkårene er oppfylt "med mindre det gjelder en stilling arbeidstaker ikke er kvalifisert for".²⁰² Vilkåret knytter seg direkte til arbeidstakers kvalifikasjoner. Som redegjort for under punkt 3.1.5. kan både personlige og faglige kvalifikasjoner legges vekt på ved vurderingen av om arbeidstaker faktisk er kvalifisert.

Fortrinnsretten bortfaller hvis arbeidstaker ikke aksepterer tilbud om "passende stilling"²⁰³ innen 14 dager. Kravet om passende stilling innebærer ikke at stillingen må være på tilsvarende nivå som den stillingen arbeidstaker ble sagt opp fra, se oppgavens punkt 6.2.3. Det legges opp til en helhetsvurdering for å finne ut hvorvidt stillingen som blir tilbudt er passende. Fougner m.fl. legger til grunn at vurderingen skal være objektiv i det konkrete tilfellet.²⁰⁴

Begrepsbruken i de to leddene er ulik. Umiddelbart kan det tenkes at kravene har det samme innholdet. Etter å ha gjennomgått hva som ligger i de forskjellige begrepene har de imidlertid tilsynelatende forskjellig innhold, uten at det kan leses ut av forarbeidene til loven. Det stilles, etter min mening, strengest krav ved avgjørelsen av om arbeidstaker har fortrinnsrett, ettersom det fokuseres på konkrete kvalifikasjoner. Ved spørsmål om bortfall av fortrinnsrett må det kunne sies at kravet til "passende stilling"²⁰⁵ utgjør en nedre grense for hva arbeidsgiver må tilby før det kan hevdes at retten faller bort.

²⁰² Arbeidsmiljøloven (2005) § 14-2 første ledd

²⁰³ Arbeidsmiljøloven (2005) § 14-2 femte ledd

²⁰⁴ *Arbeidsmiljøloven. Kommentartutgave* (2013) s. 607

²⁰⁵ Arbeidsmiljøloven (2005) § 14-2 femte ledd

11 Virkningene av brudd på fortrinnsretten

Regelen i § 14-4²⁰⁶ er en videreføring § 67 sjette ledd²⁰⁷ i 1977-loven. Regelen kom opprinnelig inn ved lovendring i 1995.²⁰⁸ Om bakgrunnen for at bestemmelsen kom inn, uttalte departementet:

"Etter departementets syn vil det være større realitet i fortrinnsretten, dersom det er mulig for retten etter krav fra arbeidstaker å avsi dom for tilsetning når den kommer til at vedkommende faktisk er fortrinnsberettiget til en stilling og arbeidsgiver har ignorert dette."²⁰⁹

I tillegg påpeker departementet at løsningen med at arbeidstaker får erstatning ved brudd på fortrinnsretten, ofte ikke vil være like verdifullt som det å få rett til et fast arbeid.²¹⁰

Bestemmelsen i § 14-4 lyder:

"Dersom retten kommer til at en fortrinnsberettiget skulle vært ansatt i en bestemt stilling, skal retten etter påstand fra den fortrinnsberettigede avsi dom for ansettelse i stillingen, med mindre dette finnes urimelig.

Ved brudd på reglene om fortrinnsrett kan arbeidstaker kreve erstatning. Erstatningen fastsettes i samsvar med § 15-12 andre ledd."²¹¹

Etter forarbeidene gjelder retten til å få avsagt dom etter denne bestemmelsen for alle gruppene fortrinnsrettshavere.²¹² Dette inkluderer fortrinnsrett etter nedbemanning, jf. § 14-2, fortrinnsrett for deltidsansatte, jf. § 14-3, fortrinnsrettshavere etter virksomhetsoverdragelse, jf. § 16-3 tredje ledd og for de arbeidstakere med redusert arbeidstid som har fortrinnsrett etter § 10-2 fjerde ledd.

²⁰⁶ Arbeidsmiljøloven (2005) § 14-4

²⁰⁷ Arbeidsmiljøloven (1977) § 67 sjette ledd

²⁰⁸ Endringslov til arbeidsmiljøloven m v (1995)

²⁰⁹ Ot.prp. nr. 50 (1993-1994) s. 204

²¹⁰ Ot.prp. nr. 50 (1993-1994) s. 204

²¹¹ Arbeidsmiljøloven (2005) § 14-4 første ledd

²¹² Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 330

11.1 Rett til dom for ansettelse, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 første ledd

For ordens skyld nevnes at det for deltidsansatte med fortrinnsrett gjelder en særløsning etter § 14-3 fjerde ledd hvoretter arbeidstakeren kan bringe saken inn for en tvisteløsningsnemnd. Etter arbeidsmiljølovens § 17-2 må saken ha vært prøvet for en slik nemnd før den kan bringes inn for domstolene. Ettersom oppgaven ikke omhandler fortrinnsretten for deltidsansatte behandles dette ikke nærmere.

Det følger av § 14-4 første ledd at den fortrinnsberettigede selv må anføre at han eller hun har blitt forbigått ved ansettelsen. Det kreves altså at tvisten konkretiseres for domstolen.²¹³ Videre sier bestemmelsen at retten skal avsi dom om tilsetting i den konkrete stillingen. Dersom det er lagt ned påstand om dette, har retten i den konkrete saken, myndighet til å prøve arbeidsgivers vurdering.²¹⁴ Jakhelln antar at prøvelsesretten domstolene har er den samme som ved oppsigelse.²¹⁵ Antagelsen gjøres etter analogisk bruk av Rt. 1984 s. 1058 (Nationaltheater), som gjaldt oppsigelse.²¹⁶ I denne saken uttalte Høyesterett at domstolene kan prøve arbeidsgivers vurdering.²¹⁷ Det gjøres imidlertid oppmerksom på at det bør utvises større forsiktighet ved overprøving av fortrinnsrett enn oppsigelse. Begrunnelsen er at vurderingen ofte er annerledes ved spørsmål om oppsigelse enn når spørsmålet gjelder ansettelse.²¹⁸ Domstolen har anledning til å avvise kravet dersom det finnes "urimelig".²¹⁹ Dette kommer jeg nærmere inn på senere.

I forarbeidene tas problemstillingen hva angår rettskraft opp, altså hvorvidt arbeidstaker har rett til ansettelse i stillingen under en eventuelt pågående behandling av anken, ettersom saken ikke er rettskraftig avgjort.²²⁰ Gode grunner kan tale for begge løsninger. Arbeidstaker vil i

²¹³ *Arbeidsrett.no. Kommentarer til arbeidsmiljøloven* (2011) s. 775

²¹⁴ *Arbeidsrett.no. Kommentarer til arbeidsmiljøloven* (2011) s. 775

²¹⁵ *Arbeidsrett.no. Kommentarer til arbeidsmiljøloven* (2011) s. 775

²¹⁶ Rt. 1984 s. 1058 (Nationaltheater)

²¹⁷ *Arbeidsrett.no. Kommentarer til arbeidsmiljøloven* (2011) s. 775

²¹⁸ *Arbeidsrett.no. Kommentarer til arbeidsmiljøloven* (2011) s. 775

²¹⁹ Arbeidsmiljøloven (2005) § 14-4 første ledd

²²⁰ Ot.prp. nr. 50 (1993-1994) s. 204

noen tilfeller sitte uten arbeid og rent faktisk ha behov for inntekt og vil sosialt sett ha nytte av å komme raskest mulig tilbake i arbeidet, noe som kan tale for at vedkommende skal kunne få ansettelse under ankebehandlingen. På den annen side vil det kreve ressurser av arbeidsgiver å få fortrinnsrettshaver tilbake i stilling, og det kan være utfordrende for begge parter dersom domstolen kommer til at arbeidstaker ikke får ny ansettelse. Forarbeidene la i tilknytning til 1977-lovens § 67 synspunktet at en tilsetning "bør ikke få virkning før rettskraftig avgjørelse foreligger"²²¹, til grunn. Utgangspunktet er med andre ord at har arbeidstaker ikke har rett til ansettelse under ankebehandlingen. Dette må også legges til grunn for dagens tilsvarende bestemmelse i § 14-4 første ledd.

Dersom arbeidstaker får dom for rett til ny ansettelse vil stillingen fortrinnsrettshaver skal inn i høyst sannsynlig fortrenge behovet i virksomheten for den arbeidstakeren som fra før innehar stillingen. Bestemmelsen i § 14-4 første ledd medfører ikke automatisk at denne personen skal fratres dersom fortrinnsrettshaver får dom for rett til stillingen.²²² Arbeidsgiver må forøvrig på selvstendig grunnlag gjøre en vurdering av hvorvidt en eventuell oppsigelse av den tidligere stillingshaveren vil være rettmessig etter reglene om usaklig oppsigelse, jf. aml. § 15-7.²²³

Som nevnt ovenfor finnes det et unntak i bestemmelsen som sier at domstolen kan avvise kravet om dom for ansettelse dersom det anses urimelig. Det er uenighet i teorien om hvorvidt det at arbeidstaker har en annen ansatt i stillingen medfører urimelighet og således utgjør et unntak. Fougner m.fl. anfører at det lett vil være urimelig å avsi dom for ansettelse i dette tilfellet.²²⁴ Johansen og Stueland mener på den annen side at dette ikke i seg selv tilsier urimelighet.²²⁵ Jakhelln anfører en mellomløsning og uttaler:

*"Det må imidlertid antas at det vil kunne være urimelig å avsi dom for tilsetning i et slikt tilfelle hvis det har gått lang tid fra tilsetningen fant sted til endelig dom blir avsagt."*²²⁶

²²¹ Ot.prp. nr. 50 (1993-1994) s. 204

²²² Gyldendal Rettsdata (2014)

²²³ Ot.prp. nr. 50 (1993-1994) s. 204

²²⁴ *Arbeidsmiljøloven. Kommentartutgave* (2013) s. 616

²²⁵ Johansen (2011) s. 555

²²⁶ *Arbeidsrett.no. Kommentarer til arbeidsmiljøloven* (2011) s. 776

Sistnevnte må anses å være en rimelig konklusjon, særlig med bakgrunn i hensynet til at ver-
net fortrinnsretten gir en arbeidstaker lett kan uthules dersom Fougner m.fl. sitt synspunkt
legges til grunn.²²⁷

Andre hensyn som kan tilsi urimelighet, er eksempelvis dersom utsiktene for virksomheten
antyder fremtidig nedbemanning, at det allerede har blitt gjort nedbemanninger og også tiden
som har gått siden ansettelsen fant sted.²²⁸ Spørsmålet om krav om ansettelse var oppe i RG-
2000-833 som jeg tidligere har vist til i punkt 8.2. To ambulansesjåfører fremmet krav om
gjeninnsettelse i stillingen. I forbindelse med gjeninnsettelse uttalte lagmannsretten:

*"På tross av at begge er i faste og gode stillinger, har de krevd dom for gjeninntreden.
Møller vil på sin side få problemer dersom han nå må ta inn de to i sin tjeneste. I Møl-
lers organisasjon vil begge være overtallige og to personer må sannsynligvis sies opp.
Selv om det i et slikt tilfelle trolig vil være saklig grunn for oppsigelse, har lagmannsret-
ten kommet til at Møller ikke bør pålegges å ta Ulstein og Røiseng inn i tjenesten. Det
er også lagt noe vekt på den forholdsvis lange tid som har gått siden Møller etablerte
sin virksomhet."*²²⁹

Her ser vi at retten la vekt på de hensyn som ble fremhevet ovenfor. Kravet om gjeninnsettel-
se ble vurdert konkret ut ifra sakens omstendigheter, noe domstolene for framtiden også vil
måtte gjøre. Gode grunner taler for at hensynene vektlagt i denne saken står seg også ved
andre saker om krav på dom for gjeninnsettelse i stillingen.

En annen problemstilling som tas opp i teorien er hvorvidt den allerede ansatte arbeidstakeren
skal tas med i søksmålet om gjeninntreden for fortrinnsrettshaver som tredjepart. Problemstil-
lingen er ikke berørt i forarbeidene, men diskuteres i teorien.²³⁰ Bakgrunnen for at dette disku-
teres er det i praksis vanskelig kan tenkes at to personer har krav på samme stilling.²³¹ Foug-
ner m.fl. inntar standpunktet at de beste grunner taler for at den ansatte trekkes inn i søksmålet

²²⁷ *Arbeidsrett.no. Kommentarer til arbeidsmiljøloven* (2011) s. 776

²²⁸ *Arbeidsrett.no. Kommentarer til arbeidsmiljøloven* (2011) s. 776

²²⁹ RG-2000-833 (Frostating) tredje avsnitt under lagmannsrettens bemerkninger

²³⁰ *Arbeidsrett.no. Kommentarer til arbeidsmiljøloven* (2011) s. 777 og *Arbeidsmiljøloven. Kommentartutgave*
(2013) s. 616

²³¹ *Arbeidsrett.no. Kommentarer til arbeidsmiljøloven* (2011) s. 777

slik at alle interesser blir behandlet i søksmålet.²³² Jakhelln påpeker imidlertid at bestemmelsen i § 14-4 første ledd neppe hjemler en adgang for domstolene til å kunne avsi dom for uttreden av arbeidsforholdet som følge av at fortrinnsreglene er brutt.²³³ Sønsteli og Johansen støtter sistnevnte synspunkt.²³⁴ Som vist til tidligere i dette avsnittet vil arbeidsgiver på selvstendig grunnlag måtte vurdere en eventuell oppsigelse av den ansatte etter gitte regler. De beste grunner taler etter dette for at domstolene ikke ved bruk av § 14-4 første ledd skal kunne avsi dom for uttreden for den ansatte. Dette på tross av at prosessøkonomiske og rent praktiske hensyn kunne tale for en annen løsning

11.2 Rett til erstatning, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 annet ledd

Etter bestemmelsens annet ledd kan arbeidstaker kreve erstatning etter brudd på fortrinnsreglene. Erstatningen skal etter arbeidsmiljøloven § 14-4 annet ledd fastsettes i samsvar med reglene i arbeidsmiljøloven § 15-12 andre ledd som regulerer erstatning ved brudd på reglene om usaklig oppsigelse. Selve utmålingen etter § 15-12 annet ledd foretas gjennom en helhetlig og skjønnsmessig vurdering.²³⁵ Utgangspunktet etter brudd på fortrinnsretten er at den fortrinnsberettigedes økonomiske tap som følge av å ikke ha blitt ansatt i stillingen, skal dekkes.²³⁶ Erstatning for et ikke-økonomisk tap kan også gis.²³⁷ Sistnevnte gis typisk i situasjoner hvor arbeidsgiver har handlet tilstrekkelig klanderverdig.

²³² *Arbeidsmiljøloven. Kommentartutgave* (2013) s. 616

²³³ *Arbeidsrett.no. Kommentarer til arbeidsmiljøloven* (2011) s. 777

²³⁴ Johansen (2011) s. 555

²³⁵ *Arbeidsrett.no. Kommentarer til arbeidsmiljøloven* (2011) s. 1063

²³⁶ Johansen (2011) s. 555

²³⁷ *Arbeidsrett.no. Kommentarer til arbeidsmiljøloven* (2011) s. 777

12 Avslutning

12.1 Fortrinnsretten som virkemiddel for å forhindre omgåelse av oppsigelsesinstituttet

Et av formålene med arbeidsmiljøloven er "å sikre trygge ansettelsesforhold"²³⁸. Ved innføringen av fortrinnsrett var det viktigste formålet bak reglene at "... bedriftene ikke fritt skal kunne benytte seg av kortvarige driftsinnskrenkninger til å skifte ut arbeidsstokken, i tilfelle hvor dette ikke kunne skjedd ved saklig oppsigelse."²³⁹ Begrunnelsen bak reglene om fortrinnsrett er, som vist til, å forhindre omgåelse av stillingsvernet. Det kan spørres hvilken effekt reglene faktisk har hatt og om de oppnår den ønskede virkning. Under neste punkt vurderes effekten av fortrinnsretten.

12.2 Effekten av fortrinnsretten

Arbeidsgiver har en plikt til å tilby ny stilling, som behandlet i punkt 3. Plikten medfører i praksis at arbeidsgiver, ved nedbemanning, må vurdere om det finnes en ny stilling til arbeidstaker. Finnes ikke ny stilling, vil sluttpakker ofte være en ønsket løsning for arbeidsgiver. Ved inngåelse av sluttavtaler før oppsigelse er gitt, vil spørsmålet om fortrinnsrett i de fleste tilfeller ikke komme på spissen. Sluttpakker tilbys som regel på stadiet før nedbemanninger. Se punkt 3.1.3.3. Konsekvensen er etter dette at arbeidstakers eventuelle krav på fortrinn ikke vurderes. Det er grunn til å anta at et ikke ubetydelig antall potensielle fortrinnsrettshavere i realiteten forsvinner på denne måten, noe som kan gjenspeiles i det beskjedne antall fortrinnsrettssaker som kommer for retten. Konsekvensen er at det er vanskelig å si hvor mange av disse tilfellene som rent faktisk bunner i omgåelse av oppsigelsesinstituttet.

Plikten til å tilby ny stilling for arbeidsgiver gjelder kun dersom arbeidstaker er kvalifisert. Det er gjennom kravet til kvalifikasjon tatt hensyn til arbeidsgivers virksomhet og dens behov. Det blir således enklere for arbeidsgiver å beholde den kompetansen det er behov for videre i virksomheten. Som uttalt i forarbeidene til ny lov i 2005 kan fortrinnsretten bidra "til

²³⁸ Arbeidsmiljøloven (2005) § 1-1 første ledd bokstav b

²³⁹ Ot.prp. nr. 41 (1975-1976) s. 27

å sikre virksomhetene opparbeidet kompetanse".²⁴⁰ Dette kan være en positiv effekt av fortrinnsretten både for arbeidstaker og arbeidsgiver. Det er vanskelig å se om denne ønskede effekten får tilslag, men for virksomheten må dette, så vidt jeg kan se, være et mål som aktivt bør søkes oppnådd ved enhver form for nedbemanning.

Arbeidsgivers plikt til å gi opplæring, som behandlet i punkt 3.1.3.2, har den effekt at fortrinnsretten får realitet. Dersom tilfellet var at arbeidstaker ikke kunne kreve noen form for opplæring kunne det i praksis begrenset arbeidsgivers plikt til å tilby ny stilling til ikke å ha noe reelt innhold.

For gruppen arbeidstakere som er midlertidig ansatt, vil en ny ansettelse etter fortrinnsrettens regler også kunne ha andre, heldige virkninger. En nyansettelse vil blant annet bidra til at vedkommendes stillingsvern blir styrket ved at ansettelsesforholdet videreføres, og teller med etter fireårsregelen i aml. § 14-9 femte ledd.²⁴¹ På denne måten kan fortrinnsretten bidra positivt for de som har et ønske om fast ansettelse.

Bortfall av fortrinnsretten, som behandlet i punkt 6, har positiv effekt for arbeidsgiver. En arbeidsgiver kan etter regelen forholde seg til at hans plikter er oppfylt og fortrinnsrett ikke lenger behøves å ta i betraktning ved nyansettelser, dersom tidligere arbeidstaker ikke aksepterer, eller ikke svarer, på tilbud om ny stilling. Regelen har også den virkning at arbeidstaker aktivt må ta stilling til et tilbud og gi svar for ikke å miste sin fortrinnsrett.

Utvelgelseskriteriene som skal anvendes hvor det er flere fortrinnsberettigede til samme stilling, som behandlet i punkt 7, bidrar til rettferdighet for arbeidstaker. Dersom en arbeidstaker ikke får fortrinnsrett etter en vurdering av disse momentene skal vedkommende kunne stole på at vurderingen som ligger til grunn er riktig. Effekten av dette kan være at færre fortrinnsberettigede potensielt går til sak og hevder seg forbigått. Ved at arbeidsgiver skal følge samme regler som ved oppsigelse eller nedbemanning, effektiviseres prosessen og sannsynligheten for å frem til 'riktig' løsning øker.

²⁴⁰ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 223

²⁴¹ Arbeidsmiljøloven (2005) § 14-9 femte ledd annet punktum

Arbeidstakere må selv gå til retten for å påstå brudd på fortrinnsretten og kreve dom for ansettelse, jf. oppgavens punkt 11.1. En slik prosess er både tid- og ressurskrevende, noe som kan være årsak til at mange saker om fortrinnsrett ikke når domstolene. Å benytte rettsapparatet vil for mange mennesker utgjøre et hinder for realisering av fortrinnsretten. Det faktum at arbeidstaker kan få dom for ansettelse er imidlertid relativt unikt. Arbeidsgivers bevissthet rundt dette kan ha positiv effekt for arbeidstaker, ettersom det gir et insentiv til arbeidsgiver om å 'ta en ekstra runde' internt for å finne ny stilling til arbeidstaker.

Avslutningsvis må det påpekes at effekten av reglene om fortrinnsrett er vanskelig å måle av grunnene oppstilt over. Etter mitt skjønn viser gjennomgangen at fortrinnsretten bidrar til å sikre arbeidstaker videre arbeid, og for arbeidsgiver er den et godt insentiv til å holde på opparbeidet kompetanse, samt å unngå kortsiktige og uøkonomiske løsninger. Det er nærliggende å anta at løsninger i forkant av at fortrinnsretten utløses, eksempelvis sluttpakker, også i fremtiden også ha stor praktisk innflytelse på området. Konsekvensen er dermed at det for fremtiden sannsynligvis ikke vil finne sted noen stor utvikling gjennom rettspraksis på området.

13 Litteraturliste

13.1 Norsk lov

- 1936 Lov om arbeidervern (arbeidervernloven) av 19. juni 1936 nr. 8 [opphevet]
- 1956 Lov om arbeidervern (arbeidervernloven) av 7. desember 1956 nr. 2 [opphevet]
- 1977 Lov om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v. (arbeidsmiljøloven) av 4. februar 1977 nr. 4 [opphevet]
- 1995 Lov om endringer i lov av 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v. (endringslov til arbeidsmiljøloven m v) av 6. januar 1995 nr. 2 [ikke ajourført]
- 1997 Lov om folketrygd (folketrygdloven) av 28. februar 1997 nr. 19
- 2005 Lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven) av 17. juni 2005 nr. 19

13.2 Svensk lov

- 1982 Lag om anställningsskydd (LAS) 1982:80

13.3 Avtaler

- 1975 Hovedavtalen LO-NAF
- 2012-2013 Hovedavtalen LO-NHO

13.4 Forarbeider

NOU 1992:20	<i>Det gode arbeidsmiljø er lønnsomt for alle</i>
NOU 2004:5	<i>Et arbeidsliv for trygghet, inkludering og vekst</i>
Ot.prp. nr. 3 (1975-1976)	<i>Om lov om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v.</i>
Ot.prp. nr. 41 (1975-1976)	<i>Om arbeidstid, oppsigelsesvern, arbeidstilsyn m.v. i lov om arbeidervern og arbeidsmiljø</i>
Ot.prp. nr. 50 (1993-1994)	<i>Om lov om endringer i lov 4 februar 1977 nr 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v</i>
Ot.prp. nr. 64 (2001-2002)	<i>Om lov om endringer i lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v. (informasjon om ledige stillinger)</i>
Ot.prp. nr. 49 (2004-2005)	<i>Om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven)</i>

13.5 Rettspraksis

13.5.1 Høyesterett

Rt. 1984 s. 1058	(Nationaltheater)
Rt. 1997 s. 1954	(Løten)
Rt. 2000 s. 1602	(Nøkk)
Rt. 2003 s. 1754	(Senior forskningsingeniør)
Rt. 2006 s. 1525	(Transocean)

13.5.2 Underrettsavgjørelser

LE-1992-1509	(Eidsivating)
RG-1994-366	(Agder lagmannsrett)
RG-1997-906	(Gulating)
RG-2000-833	(Frostating)
RG-2004-776	(Frostating)
LG-2005-103843	(Gulating)

13.6 Internasjonal rett

Rdir. 77/187/EF [opphevet]

Rådets direktiv 77/187/EØF af 14. februar 1977 om tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om varetagelse af arbeidstagernes rettigheder i forbindelse med overførsel af virksomheder eller bedrifter eller af dele af virksomheder eller bedrifter.

Rdir. 98/50/EF

Rådets direktiv 98/50/EF af 29. juni 1998 om ændring af direktiv 77/187/EØF om tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om varetagelse af arbeidstagernes rettigheder i forbindelse med overførsel af virksomheder, bedrifter eller dele af bedrifter

Rdir. 99/70/EF

Rådets direktiv 1999/70/EF af 28. juni 1999 om rammeaftalen vedrørende tidsbegrænset ansættelse, der er indgået af EFS, UNICE og CEEP

R119 1963

ILO-rekommandasjon nr 119 (1963)

R119 Termination of Employment Recommendation 1963

13.7 Litteratur

Omstilling og nedbemanning

Jan Fougner ... [et al.]. 2. utg. Oslo, 2011

Arbeidsmiljøloven. Kommentartutgave.

Jan Fougner ... [et al.]. 2. utg. Oslo, 2013

Arbeidsrett.no. Kommentarer til

Henning Jakhelln ... [et al.]. 3. utg. Oslo, 2011

arbeidsmiljøloven

- Johansen, Thor Erik *Inngåelse og avslutning av arbeidsforhold.* 1. utg. Oslo, 2006
- Nicolay Skarning *Nedbemanning og sluttpakker.* 1. utg. Oslo, 2005
- Sønsteli Johansen, Atle og Einar Stueland *Arbeidsmiljøloven. Kommentarer og praksis.* 1. utg. Oslo, 2011
- Evju, Stein og Henning Jakhelln *Arbeidsrettslige emner.* 1. utg. Oslo, 1979
- Egede-Nissen, Gerd *Bestemmelsene om fortrinnsrett i den nye arbeidsmiljøloven.* I: *Arbeidsrett.* Årg. 3 (2005), s. 175-188 (Sitert fra idunn.no)
- Fougner, Jan *Arbeidsgivers styringsrett - skillet mellom virksomhets- og arbeidsledelse.* I: *Festskrift til Henning Jakhellns 70-årsdag* (2009), s. 235

13.8 Nettsider

- Gyldendal Rettsdata *Arbeidsmiljøloven 2005, kommentarutgave.*
<http://abo.reettsdata.no/browse.aspx?sDest=gL20050617z2D62z2EzA714z2D2> [sitert 29.08.2014]
- Gyldendal Rettsdata *Folketrygdloven 1997, kommentarutgave.*
<http://abo.reettsdata.no/browse.aspx?bid=autoComp&sDest=gL19970228z2D19z2EK4#gL19970228z2D19z2EzA74z2D5> [sitert 13.03.2014]
- Gyldendal Rettsdata *Arbeidsmiljøloven 2005, kommentarutgave.*
http://abo.reettsdata.no/browse.aspx?bid=direct&s_terms=aml16-3&sDest=gL20050617z2D62z2EzA716z2D3 [sitert 17.11.2014]

Gyldendal Rettsdata

Arbeidsmiljøloven 2005, kommentarutgave.

<http://abo.rettsdata.no/browse.aspx?sDest=gL20050617z2D62z2EzA716z2D3#gL20050617z2D62z2EzA716z2D3> [sitert 27.10.2014]

Gyldendal Rettsdata

Arbeidsmiljøloven 2005, kommentarutgave.

<http://abo.rettsdata.no/browse.aspx?sDest=gL20050617z2D62z2EzA714z2D2> [sitert 31.10.2014]