

Utløses fortrinnsrett etter
arbeidsmiljøloven § 14-2 når
arbeidsgiver leier inn arbeidskraft, og
bør fortrinnsrett utløses i slike tilfeller?

Kandidatnummer: 64

Antall ord: 14 788



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

03.06.2019

Innholdsfortegnelse

INNHALDSFORTEGNELSE	2
1 INNLEDNING	4
1.1 TEMA OG PROBLEMSTILLING	4
1.2 AKTUALITET	4
1.3 RETTSKILDEBILDET	5
1.4 AVGRENSNINGER	6
1.5 FREMSTILLINGEN VIDERE	6
2 INNLEIE	7
2.1 UTGANGSPUNKTER	7
2.1.1 Arbeidsmiljølovens regler om ansettelse	7
2.1.2 Hva skiller innleie fra fast ansettelse?	8
2.2 INNLEIE ETTER ARBEIDSMILJØLOVEN §§ 14-12 OG 14-13	9
2.2.1 Virkeområde: innleie fra annen virksomhet	9
2.2.2 Nærmere om grensedragningen mellom aml. §§ 14-12 og 14-13	10
2.2.3 Avgrensning mot selvstendige oppdragstakere og entreprise	12
3 FORTRINNSRETT	13
3.1 FORTRINNSRETTENS FUNKSJON OG FORMÅL	13
3.2 KORT OM VILKÅRENE FOR FORTRINNSRETT ETTER AML. § 14-2	14
3.2.1 «virksomhetens forhold»	14
3.2.2 «ny ansettelse»	15
3.2.3 «samme virksomhet»	16
3.2.4 «kvalifisert»	17
3.2.5 «ansatt i virksomheten i til sammen 12 måneder de siste to år»	17
3.3 VIRKNINGEN AV AT VILKÅRENE FOR FORTRINNSRETT ER OPPFYLT	17
3.3.1 Fortrinnsrettens varighet	17
3.3.2 Flere fortrinnsberettigede til samme stilling	18
3.3.3 Virkningen av brudd på reglene om fortrinnsrett	18
4 LIKHETER OG FORSKJELLER MELLOM MIDLERTIDIG ANSETTELSE OG INNLEIE	20
4.1 INNLEDNING	20
4.2 MIDLERTIDIG ANSETTELSE	20
4.3 LIKHETER OG FORSKJELLER MELLOM MIDLERTIDIG ANSETTELSE OG INNLEIE	21
4.3.1 Likheter	21
4.3.2 Forskjeller	22
4.4 BETYDNINGEN AV LIKHETSTREKKENE I REGELVERKET FOR SPØRSMÅLET OM FORTRINNSRETT UTLØSES VED INNLEIE	24

5	KAN INNLEIE UTLØSE FORTRINNSRETT ETTER AML. § 14-2?	26
5.1	ORDLYDEN «NY ANSETTELSE» I AML. § 14-2.....	26
5.2	KAN «NY ANSETTELSE» I AML. § 14-2 TOLKES UTVIDENDE TIL OGSÅ Å OMFATTE INNLEIETILFELLER?	26
5.2.1	Tolkningsbidrag i lovtekst og forarbeider	26
5.2.2	Formålsbetraktninger.....	27
5.2.3	Rettspraksis	27
5.2.4	Juridisk teori	31
5.2.5	Reelle hensyn	33
5.2.6	Utenlandsk rett	35
5.2.7	Oppsummering og konklusjon	36
5.3	NÆRMERE OM GJENNOMSKJÆRING VED OMGÅELSE	37
5.3.1	Generelt om omgåelsestilfeller.....	37
5.3.2	Når foreligger det illojal omgåelseshensikt?	38
5.3.3	Oppsummering	41
6	BØR FORTRINNSRETT UTLØSES VED INNLEIE?	43
6.1	BØR FORTRINNSRETT UTLØSES I OMGÅELSESTILFELLER?	43
6.2	BØR FORTRINNSRETT UTLØSES OGSÅ UTENFOR OMGÅELSESTILFELLENE?.....	44
6.3	KONKLUSJON	46
	LITTERATURLISTE	47
	LOVER	47
	FORARBEIDER.....	47
	RETTSPRAKSIS.....	48
	TARIFFAVTALER.....	49
	INTERNASJONALE KILDER	49
	UTENLANDSKE KILDER.....	49
	Sverige	49
	Finland	50
	LITTERATUR	50
	Bøker.....	50
	Artikler.....	51
	Andre juridiske publikasjoner.....	52

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

Oppgaven handler om fortrinnsrettsregelen i arbeidsmiljøloven¹ (aml.) § 14-2, og spørsmålet om fortrinnsrett etter denne bestemmelsen utløses dersom arbeidsgiver leier inn arbeidskraft i tråd med aml. §§ 14-12 eller 14-13, og om fortrinnsrett bør utløses i slike tilfeller.

Oppgavens tematikk kan belyses med følgende eksempel: Byggefirmaet Byggmester sier opp flere av sine ansatte håndverkere, inkludert Bob. Årsaken er at Byggmester står uten kontrakter om nye byggeoppdrag og derfor ikke kan sysselsette alle de ansatte. To måneder senere får Byggmester flere nye byggeoppdrag, og virksomheten har igjen behov for arbeidskraft. I slike tilfeller innebærer fortrinnsrettsregelen i aml. § 14-2 at oppsagte arbeidstakere, som Bob, får prioritert rett til «ny ansettelse» i Byggmester. Oppgavens problemstilling kommer på spissen dersom Byggmester beslutter å leie inn arbeidskraft fra en annen virksomhet; vil Bob vil ha fortrinnsrett dersom Byggmester leier inn arbeidskraft, eller utløses fortrinnsretten kun dersom Byggmester foretar en ordinær ansettelse i virksomheten?

Eksempelet belyser spenningsforholdet mellom arbeidstakernes behov for beskyttelse og virksomhetens behov for fleksibilitet. Fortrinnsrettsregelen i aml. § 14-2 kan betraktes som en såkalt «stillingsvernsregel»; en regel som er ment å gi arbeidstakerne et effektivt vern av deres stilling.² Motsetningsvis er arbeidsgivers adgang til å leie inn arbeidskraft viktig for å kunne drifte virksomheten effektivt, der det foreligger et midlertidig arbeidskraftsbehov. Det sentrale spørsmålet som skal drøftes i oppgaven er derfor om arbeidstakers stillingsvern står så sterkt at vilkåret «ny ansettelse» i aml. § 14-2 omfatter ethvert arbeidskraftsbehov, uavhengig av om behovet er varig eller midlertidig, eller om arbeidsgivers behov for fleksibilitet tilsier at fortrinnsrettens virkeområde er begrenset til ordinære ansettelser. Både gjeldende rett og hva rettstilstanden bør være, vil undersøkes nærmere.

1.2 Aktualitet

Problemstillingen er aktuell å avklare sett i lys av utviklingen i arbeidslivet. Før år 2000 var det et generelt forbud mot å drive utleie, men med mulighet for dispensasjon, og arbeidsgiver

¹ Lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven)

² Se nærmere om fortrinnsrett i kapittel 3

hadde derfor svært begrenset mulighet til å benytte seg av innleid arbeidskraft.³ I dag har arbeidsgiver bred adgang til å leie inn arbeidskraft fra andre virksomheter, jf. aml. §§ 14-12 og 14-13. Denne brede innleieadgangen har arbeidsgiver benyttet seg av i økende grad de siste årene, og i 2018 ble bruken av innleie fra bemanningsforetak anslått å utgjøre mellom halvannen og to prosent av alle årsverk.⁴ Bruken av innleide arbeidstakere har særlig økt innenfor bygg- og anleggsbransjen, hvor Næringslivets Hovedorganisasjon (NHO) har anslått at innleide arbeidstakere utgjorde omtrent syv prosent av alle arbeidstakere på landsbasis i 2018.⁵ NHO har også observert en økende tendens i avtaleinngåelser om innleie fra bemanningsforetak på mer regulær basis, noe som innebærer at innleie benyttes i større utstrekning enn lovgivers intensjon om at innleie kun skal brukes til å dekke et midlertidig arbeidskraftsbehov.⁶

Problemstillingen om fortrinnsrett utløses ved innleie er også aktuell fordi den er uavklart i rettskildene. Lovforarbeidene behandler ikke spørsmålet. I rettspraksis har problemstillingen lenge kun vært berørt i én lagmannsrettsavgjørelse, uten å bli endelig avklart.⁷ Spørsmålet kom på spissen igjen for Stavanger tingrett i 2019, men tingrettens avgjørelse ble anket og avgjørelsen er derfor ikke rettskraftig.⁸ Problemstillingen har også vært tatt opp i juridisk teori, men uten å bli drøftet inngående.⁹

1.3 Rettskildebildet

I tillegg til at problemstillingen er lite behandlet i norske rettskilder, er det ingen EU-rettslige kilder av relevans for spørsmålet om fortrinnsrett utløses ved innleie. Det snevre rettskildematerialet gjør det nødvendig å rette blikket utenfor Norges landegrensener og se til utenlandsk rett for inspirasjon. Det kan imidlertid by på utfordringer å se til utenlandsk rett på arbeidsrettens område, da det er store variasjoner i arbeidsrettslovgivningen fra land til land, og særlig knyttet til hvor sterkt stillingsvern arbeidstakere har. I Norge har arbeidstakere et sterkt stillingsvern, noe som best kan sammenlignes med andre land i Norden. Både Sverige og Finland har en lovfestet fortrinnsrettsregel.¹⁰ Da den norske fortrinnsrettsregelen er inspirert av en tilsvarende regel i svensk rett, vil det være særlig relevant å til hvordan den

³ Prop. 73 L (2017–2018) s. 9

⁴ *Ibid.* s. 10

⁵ *Ibid.* s. 11

⁶ *Ibid.*

⁷ RG 1997 s. 906 (Gulating)

⁸ Stavanger tingrett, dom avsagt 27. mars 2019, Saksnr.: 18-106252TVI-STAV

⁹ Se punkt 5.2.3

¹⁰ Lag (1982:80) om anställningsskydd (anställningsskyddslagen) 25 §, Lag (55/2001) om arbetsavtal 6 kap. 6 §

svenske fortrinnsrettsregelen praktiseres.¹¹ Når det gjelder de øvrige land i Norden, opererer verken Danmark eller Island med lovfestede regler om fortrinnsrett, og det vil følgelig være lite å hente ved å se til dansk eller islandsk rett.

1.4 Avgrensninger

Hovedfokuset i oppgaven er å klarlegge den oppsagte arbeidstakerens rettsstilling etter fortrinnsrettsregelen i aml. § 14-2. Det avgrenses derfor mot å behandle den innleide arbeidstakerens rettslige stilling. Videre ligger også en redegjørelse av adgangen til å drive utleievirksomhet, som reguleres av arbeidsmarkedsloven¹² § 27, utenfor oppgaven.

Det er kun fortrinnsrettsregelen i aml. § 14-2 som vil være gjenstand for behandling. Følgelig avgrenses det mot andre lovbestemmelser som regulerer fortrinnsrett, herunder mot aml. § 14-3 om fortrinnsrett for deltidsansatte, og mot statsansatteloven¹³ §§ 13 og 24 som regulerer fortrinnsrett for henholdsvis fulltidsansatte og deltidsansatte i staten.

Begrepene «arbeidstaker» og «arbeidsgiver» brukes hyppig i oppgaven, men vil ikke være gjenstand for noen nærmere begrepsavklaring. Selv om begrepene kan reise interessante spørsmål og grensetilfeller, er det for oppgavens formål tilstrekkelig å vise til at begrepene er legaldefinert i aml. § 1-8 første og andre ledd.

1.5 Fremstillingen videre

Før det sees nærmere på oppgavens hovedproblemstilling er det nødvendig å si noe mer om hva både innleie og fortrinnsrett er. Dette vil gjøres i henholdsvis kapittel 2 og kapittel 3. I kapittel 4 vil regelverket for midlertidig ansettelse etter aml. § 14-9 andre ledd og regelverket for innleie av arbeidskraft etter aml. §§ 14-12 og 14-13, sammenlignes. Midlertidig ansettelse og innleie er ulike måter å dekke et midlertidig arbeidskraftsbehov på, og følgelig kan eventuelle likhetstrekk mellom regelverkene ha argumentasjonsverdi for spørsmålet om fortrinnsrett utløses ved innleie eller ikke. I kapittel 5 vil det redegjøres for gjeldende rett angående spørsmålet om fortrinnsrettsregelen i aml. § 14-2 utløses ved innleie. Sist vil det i kapittel 6 foretas en rettspolitisk drøftelse av om fortrinnsrett bør utløses i innleietilfellene.

¹¹ Ot.prp. nr. 49 (2004–2005) s. 222

¹² Lov 10. desember 2004 nr. 76 om arbeidsmarkedstjenester (arbeidsmarkedsloven)

¹³ Lov 16. juni 2017 nr. 67 om statens ansatte mv. (statsansatteloven)

2 Innleie

2.1 Utgangspunkter

2.1.1 Arbeidsmiljølovens regler om ansettelse

Arbeidsgivers styringsrett er en etablert, ulovfestet grunnorm i arbeidsretten, og innebærer blant annet at arbeidsgiver har rett til å organisere virksomheten etter eget ønske.¹⁴

Utgangspunktet er derfor at arbeidsgiver selv bestemmer om og eventuelt hvordan et udekket arbeidskraftsbehov i virksomheten skal dekkes, og hvilke kvalifikasjonskrav som skal stilles til arbeidstakerne.¹⁵ Arbeidsgivers styringsrett er imidlertid ikke helt fri. Begrensninger kan følge av lovbestemmelser, tariffavtaler og de ansatte arbeidstakernes arbeidsavtaler.¹⁶

Arbeidsmiljøloven kapittel 14 legger begrensninger på arbeidsgivers styringsrett hva gjelder ansettelse. Etter lovens § 14-9 første ledd er den klare hovedregelen at arbeidsgiver skal ansette arbeidstaker «fast». En «fast» ansettelse er legaldefinert å være et «løpende og tidsubegrenset» ansettelsesforhold, hvor «lovens regler om opphør av arbeidsforhold gjelder»¹⁷ og hvor «arbeidstakeren sikres forutsigbarhet for arbeid i form av et reelt stillingsomfang»,¹⁸ jf. aml. § 14-9 første ledd andre punktum. Hovedregelen om fast ansettelse, og den begrensning dette medfører for arbeidsgivers styringsrett, er begrunnet i ønsket om at flest mulig skal få et fast og stabilt ansettelsesforhold til en arbeidsgiver.¹⁹ Lovgiver har likevel anerkjent at arbeidsgiver kan ha behov for fleksibilitet i valg av ansettelsesform, for at virksomheten skal kunne driftes effektivt.²⁰ Derfor gir arbeidsmiljøloven rom for at arbeidsgiver kan dekke et midlertidig arbeidskraftsbehov gjennom midlertidige ansettelse eller ved innleie av arbeidskraft, jf. henholdsvis aml. § 14-9 andre ledd og §§ 14-12 og 14-13.

¹⁴ For eksempel Rt. 2008 s. 856 avsnitt 35 og Rt. 2000 s. 1602 Nøkk-dommen s. 1609

¹⁵ Ulf Ertzaas mfl., *Arbeidsrettslig håndbok privat sektor LO-NHO-området*, Kristiansand 2004 s. 40

¹⁶ Kåre Lilleholt (red.), *Knophs oversikt over Norges rett*, 14. utgave, Oslo 2014 s. 425 (Henning Jakhelln er bidragsyter til det aktuelle avsnittet)

¹⁷ Arbeidsmiljøloven kapittel 15

¹⁸ Det oppstilles ikke noe minstekrav til arbeidsomfang, jf. Prop. 73 L (2017-2018) s. 51

¹⁹ Ot.prp. nr. 49 (2004–2005) s. 15

²⁰ *Ibid.* s. 72

2.1.2 Hva skiller innleie fra fast ansettelse?

Hovedregelen i norsk rett er som nevnt at arbeidsgiver skal ansette arbeidstaker fast jf. aml. § 14-9 første ledd. Et slikt fast og ordinært arbeidsforhold er en såkalt «topartsrelasjon»; et bilateralt forhold mellom arbeidsgiver på den ene siden og arbeidstaker på den andre.²¹

Motsetningsvis kan innleie beskrives som en såkalt «trepartsrelasjon» mellom innleievirksomheten, utleievirksomheten og den utleide arbeidstaker. Mellom utleievirksomheten og innleievirksomheten er det et oppdragsforhold, mens det mellom utleievirksomheten og den utleide arbeidstaker eksisterer et ordinært ansettelsesforhold.²² Det er utleievirksomheten som er arbeidsgiveren til den utleide arbeidstaker, selv om innleievirksomheten legger opp til- og styrer arbeidstakerens arbeidsoppgaver.²³ Karakteristisk for innleie er dermed at den innleide arbeidstakeren utfører sine arbeidsoppgaver for sin arbeidsgivers oppdragsgiver, og ikke direkte for sin egen arbeidsgiver.²⁴ Innleievirksomhetens styringsrett overfor den innleide arbeidstaker, kan betraktes som en form for «delegert kompetanse» fra utleievirksomheten.²⁵

Stein Evju er noe kritisk til terminologien «trepartsrelasjoner».²⁶ Han argumenterer for at «(...) det finnes trekantrelasjoner i arbeidsretten, men – så langt – ingen egentlige trepartsrelasjoner i den forstand at det foreligger kontraktsmessige eller privatrettslige relasjoner mellom alle parter i trekanten».²⁷ Arbeidsinnleie utgjør ifølge Evju ikke en egentlig trepartsrelasjon fordi «[d]en kontraktsmessige relasjonen er, både prinsipielt og praktisk en topartsrelasjon mellom arbeidstageren og utleieforetaket. Mellom utleier og innleier består det derimot et forretningsmessig kontraktsforhold, undergitt andre regler enn arbeidsrettens».²⁸ (Mine kursiveringer). I denne oppgaven vil begrepet «trepartsrelasjoner» likevel benyttes som en beskrivelse av forholdet mellom de tre partene involvert ved arbeidsinnleie.

²¹ Stein Evju, ««Trepartsrelasjoner» i arbeidsretten? Om trekanter og trianguleringer i ulike konstellasjoner», *Arbeidsnotater* 2012:3 s. 4

²² Prop.73 L (2017–2018) s. 9

²³ *Ibid.*

²⁴ Evju, *Arbeidsnotater* 2012:3 s. 7

²⁵ *Ibid.*

²⁶ *Ibid.*

²⁷ *Ibid.* s. 13

²⁸ *Ibid.* s. 7

2.2 Innleie etter arbeidsmiljøloven §§ 14-12 og 14-13

2.2.1 Virkeområde: innleie fra annen virksomhet

Adgangen til å leie inn arbeidskraft fra andre virksomheter reguleres av arbeidsmiljøloven §§ 14-12 og 14-13. Felles for bestemmelsene er at det er innleievirksomheten og utleievirksomheten som er reglens rettssubjekter, og at den innleide arbeidstakerens rettsstilling faller utenfor reglens virkeområde.²⁹ Skillet mellom aml. §§ 14-12 og 14-13 går på hvorvidt utleievirksomheten har til formål å drive utleie eller ikke. Virksomheter som har til formål å drive utleie omtales gjerne som «bemanningsforetak», mens virksomheter som ikke har til formål å drive utleie ofte kalles «produksjonsbedrifter» eller «ordinære virksomheter», en terminologi som også vil benyttes i det følgende.³⁰

Innleie fra virksomheter som har til formål å drive utleie er tillatt «i samme utstrekning som det kan avtales midlertidig ansettelse etter aml. § 14-9 bokstav a til e», jf. aml. § 14-12 første ledd. Utgangspunktet er dermed at arbeidsgiver har tilsvarende adgang til å leie inn arbeidskraft fra bemanningsforetak som til å foreta midlertidige ansettelser. Dette er likevel bare et utgangspunkt. Etter arbeidsmiljøloven § 14-12 andre ledd kan arbeidsgiver i en tariffbundet virksomhet inngå avtale med arbeidstakernes tillitsvalgte, om at innleie kan benyttes i større utstrekning enn det loven legger opp til. Breder adgang til midlertidige ansettelser kan også avtales med den tillitsvalgte i tariffbundet virksomhet i henhold til aml. § 14-9 fjerde ledd, men bare for arbeidstakergrupper som utfører «kunstnerisk arbeid, forskningsarbeid eller arbeid i forbindelse med idrett». Følgelig er det bredere adgang til å avtale innleie fra bemanningsforetak enn det er adgang til for midlertidige ansettelser. Nærmere om likheter og forskjeller mellom reglene om midlertidig ansettelse etter aml. § 14-9 og reglene om innleie etter aml. § 14-12, samt hvilken betydning disse likhetstrekkene kan tillegges, vil undersøkes nærmere i kapittel 4.

Innleie fra virksomheter som ikke har til formål å drive utleie reguleres av aml. § 14-13. Foruten å kreve at den innleide arbeidstaker må være «fast ansatt» hos utleievirksomheten, oppstiller aml. § 14-13 ingen begrensninger i arbeidsgivers adgang til å leie inn arbeidskraft fra ordinære virksomheter. I forarbeidene forklares denne liberale adgangen til å leie inn

²⁹ *Ibid.* s. 6

³⁰ Prop. 73 L (2017–2018) S. 9. Se også Ot.prp. nr. 70 (1998–1999) s. 49, som knytter seg til den gamle arbeidsmiljøloven §§ 55 K og 55L, videreført gjennom dagens aml. §§ 14-12 og 14-13, jf. Ot.prp. nr. 49 (2004–2005) s. 334

arbeidskraft fra ordinære virksomheter med det særlige behovet for fleksibilitet slike virksomheter har.³¹ Utleie fra ordinære virksomheter skjer typisk fra produksjonsbedrifter innenfor verksteds- og oljeindustrien, hvor svingninger i markedet gjør at virksomheten periodevis har behov for å leie ut arbeidstakere som et alternativ til permitteringer og oppsigelser, eller fra virksomheter som besitter etterspurt spisskompetanse på et fagområde.³² For å forhindre at bemanningsforetak utgir seg for å være ordinære virksomheter for å utnytte den liberale innleieregelen i aml. § 14-13, gir aml. § 14-13 første ledd klare anvisninger på grensedragningen mellom bemanningsforetak og ordinære virksomheter.

2.2.2 Nærmere om grensedragningen mellom aml. §§ 14-12 og 14-13

Grensedragningen mellom virkeområdet til aml. §§ 14-12 og 14-13 er viktig av flere grunner. Ikke bare er grensedragningen viktig fordi det er ulik adgang til å leie inn arbeidskraft etter aml. §§ 14-12 og 14-13,³³ men brudd på bestemmelsene medfører som utgangspunkt også ulike rettsvirkninger. Ved brudd på vilkårene for innleie fra bemanningsforetak etter aml. § 14-12, kan den innleide arbeidstaker kreve fast ansettelsesforhold hos- og erstatning fra innleievirksomheten, jf. aml. § 14-14. Fordi adgangen til å leie inn arbeidskraft fra ordinære virksomheter bygger på andre vernehensyn,³⁴ utløser ikke brudd på aml. § 14-13 de samme rettsvirkningene.³⁵ Virkningen ved brudd på aml. § 14-13 er at innleieforholdet betraktes som innleie fra et bemanningsforetak etter aml. § 14-12.³⁶ I ytterste konsekvens kan likevel brudd på vilkårene for innleie fra ordinære virksomheter etter aml. § 14-13 bli at den innleide arbeidstaker kan kreve fast ansettelse hos- og erstatning fra innleievirksomheten, men da som en indirekte følge av at innleieforholdet faller inn under virkeområdet i aml. § 14-12, og at heller ikke vilkårene i denne bestemmelsen er oppfylt. Videre er grensedragningen mellom aml. §§ 14-12 og 14-13 viktig fordi noen lovbestemmelser og reguleringer kun gjelder for arbeidstakere utleid fra bemanningsforetak. Eksempelvis kommer aml. § 14-12 a om likebehandling av lønns- og arbeidsvilkår, aml. § 14-12 c om innleievirksomhetens solidaransvar ved utbetaling av lønn, feriepenger og eventuell annen godtgjøring, samt EUs

³¹ Ot.prp. nr. 56 (2006–2007) s. 17 pkt. 3.1.1, Ot.prp. nr. 70 (1998–1999) s. 49

³² *Ibid.*

³³ Se punkt. 2.2.1

³⁴ *Ibid.*

³⁵ Ot.prp. nr. 70 (1998–1999) s. 51

³⁶ *Ibid.*

vikarbyrådirektiv,³⁷ som skal sikre innleide arbeidstakere likebehandling, kun til anvendelse ved innleie fra bemanningsforetak.

Hva gjelder den konkrete grensdragningen mellom når en virksomhet anses å ha utleieformål og når den ikke har slikt formål, gir aml. § 14-13 første ledd andre punktum følgende anvisning:

«For at virksomheten skal sies ikke å ha til formål å drive utleie, er det et vilkår at utleie skjer innenfor de samme fagområder som utgjør utleierens hovedbeskjeftigelse og at utleieaktiviteten ikke omfatter mer enn 50 prosent av de fast ansatte hos utleier.»

At utleien må skje «innenfor de samme fagområder som utgjør utleierens hovedbeskjeftigelse» og som utgangspunkt ikke må omfatte «mer enn 50 prosent av de fast ansatte hos utleier», er likevel bare minimumskrav. Selv om vilkårene i aml. § 14-13 er oppfylt, må det foretas en skjønnsmessig helhetsvurdering av om virksomheten kan anses å ha utleie til formål.³⁸

Begrepet «hovedbeskjeftigelse» sikter til det virksomheten i hovedsak driver med. Vilåret skal ikke tolkes for snevert, og det må antas at også kontoransatte kan leies ut.³⁹ At virksomheten til enhver tid ikke kan leie ut «mer enn 50 prosent av [sine] ansatte», er ment å forhindre at virksomheten utvikler utleieaktiviteten til å bli virksomhetens hovedbeskjeftigelse og på den måten utnytter den liberale utleieadgangen ordinære virksomheter har etter aml. § 14-13.⁴⁰ En problemstilling som kan komme på spissen i relasjon til begge disse minstekravene er hva som skal anses som «virksomheten»; utleieselskapet som helhet eller den enkelte avdeling. Spørsmålet ble berørt i Rt. 2013 s. 1730, hvor Høyesterett, på bakgrunn av forarbeidsuttalelser og juridisk teori, antydte at virksomhetsbegrepet må forstås som den juridiske enhet som helhet.⁴¹ Høyesterett tok likevel ikke endelig stilling til spørsmålet, og problemstillingen er derfor ikke avklart.

I den skjønnsmessige helhetsvurderingen som må tas avslutningsvis av om virksomheten anses å ha utleieformål, er de reelle underliggende forhold avgjørende.⁴² Relevante

³⁷ Rådsdirektiv 2008/104/EF (vikarbyrådirektivet) artikkel 1. Vikarbyrådirektivet er innlemmet i EØS-avtalen og trådte i kraft i norsk rett 1. januar 2013, jf. Forskrift 22. juni 2012 nr. 607, jf. Lov 22. juni 2012 nr. 33 om endringer i arbeidsmiljøloven og tjenestemannsloven mv. Se også Innst. 326 L (2011-2012)

³⁸ Ot.prp. nr. 56 (2006–2007) s. 17 pkt. 3.1.1

³⁹ Nicolay Skarning, *Midlertidige ansettelses, innleie og vikarbyrådirektivet*, Oslo 2013 s. 107

⁴⁰ Ot. prp.nr. 70 (1998–1999) s. 50

⁴¹ Rt. 2013 s. 1730 YIT (avsnitt 40-45)

⁴² Ot.prp. nr. 70 (1998–1999) s. 44

vurderingsmomenter vil være «virksomhetens art, herunder med hvilket omfang og hyppighet utleie skjer og hvor stor andel av virksomheten utleie utgjør».⁴³ Sentralt i vurderingen vil være om utleien skjer sporadisk som følge av overskudd på arbeidskraft, eller regulært som en innrettet del av virksomheten.⁴⁴ Dersom eksempelvis et IT-selskap leier ut 30 prosent av sine IT-teknikere, vil minimumskravene i aml. § 14-13 om at utleien må skje innenfor virksomhetens «hovedbeskjeftigelse» og omfatte mindre enn «50 prosent av [IT-selskapets] ansatte», være oppfylt. Likevel kan en helhetsvurdering tilsi at IT-selskapet har utleie til formål dersom utleiebehovet er permanent og fremstår som en innrettet del av IT-selskapet.⁴⁵

2.2.3 Avgrensning mot selvstendige oppdragstakere og entreprise

Innleie etter aml. §§ 14-12 og 14-13 må holdes adskilt fra andre tilfeller der arbeidsgiver inngår oppdragsavtaler med en annen virksomhet om leveranse av tjenesteytelser, herunder fra selvstendige oppdragstakere og entreprise.

Hovedforskjellen mellom innleie etter aml. §§ 14-12 og 14-13, og det å sette ut oppdrag til entreprenører eller selvstendige oppdragstakere, er oppdragsgiverens kontroll over arbeidskraften som leveres. I motsetning til innleie, hvor oppdragsgiveren (innleievirksomheten) benytter den innleide arbeidskraften som om det var oppdragsgiverens egne ansatte, har ikke oppdragsgiveren tilsvarende styringsrett over arbeidsoppgavene til selvstendige oppdragstakere eller entreprenører.⁴⁶ Ved utsetting av arbeidsoppgaver til selvstendige oppdragstakere eller entreprenører, vil disse i stor grad selv beholde ledelsen- og ansvaret for resultatet av arbeidet som utføres.⁴⁷ Prinsipielt sett ligger derfor forskjellen i at det ved innleie kjøpes en arbeidskraftsressurs, mens det ved entreprise eller selvstendige oppdragstakere kjøpes et bestemt arbeidsresultat.⁴⁸

I denne oppgaven vil kun forholdet mellom fortrinnsrettsregelen i aml. § 14-2 og innleie etter aml. §§ 14-12 og 14-13, være gjenstand for behandling. Det avgrenses derfor mot spørsmålet om fortrinnsrett utløses når arbeidsgiver setter ut oppdrag til selvstendige oppdragstakere og til entreprenører.

⁴³ *Ibid.*

⁴⁴ *Ibid.* og Skarning 2013 s. 108

⁴⁵ Ot.prp. nr. 70 (1998–1999) s. 50

⁴⁶ Skarning 2013 s. 41-44

⁴⁷ Prop. 74 L (2011–2012) punkt 5.2.2

⁴⁸ Jan Fougner, *Norsk arbeidsrett: styringsrett, samarbeid og arbeidstakervern*, Oslo 2019 s. 771

3 Fortrinnsrett

3.1 Fortrinnsrettens funksjon og formål

Fortrinnsrett til ny ansettelse reguleres av arbeidsmiljøloven § 14-2. Bestemmelsens første ledd lyder som følger:

«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.»

I ordet «fortrinnsrett» ligger det en rett til å bli prioritert fremfor andre. I tråd med arbeidsgivers styringsrett er det fortsatt opp til arbeidsgiver å bestemme om det skal foretas en nyansettelse eller ikke. Fortrinnsretsregelen begrenser imidlertid arbeidsgivers frihet til å velge *hvem* som skal ansettes, ved nyansettelser. Bestemmelsen må sees i sammenheng med aml. § 14-1, som pålegger arbeidsgiver en plikt til å informere arbeidstakere om ledige stillinger i virksomheten.

Fortrinnsretsregelen ble innført ved den gamle arbeidsmiljøloven av 1977⁴⁹ etter mønster fra både tariffavtaler, tilsvarende regler i svensk rett og ILO-rekommandasjon nr. 119.⁵⁰ Det primære siktemålet med bestemmelsen er å forhindre at virksomheter benytter seg av kortvarige driftsinnskrenkninger for å skifte ut enkelte arbeidstakere, der dette ikke kunne skjedd ved saklig oppsigelse etter aml. § 15-7.⁵¹ Likevel gjelder aml. § 14-2 generelt, og utløses uavhengig av om oppsigelsen skyldes et ønske fra arbeidsgiver om å omgå arbeidsmiljølovens stillingsvernsregler eller om oppsigelsen skyldes et saklig behov for nedbemanning.⁵² Fortrinnsretsregelen kan også bidra til å sikre virksomhetene opparbeidet kompetanse ved å redusere risikoen for at arbeidstaker søker seg ut av virksomheten tidlig i en omstillingsprosess, da fortrinnsrettsinstituttet gir arbeidstaker forventninger om videreføring av ansettelsesforholdet dersom det er saklig grunn til det.⁵³

⁴⁹ Lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidsvern og arbeidsmiljø

⁵⁰ Hovedavtalen mellom LO og NAF av 1974, 2. utgave, § 9 nr. 2, Ot.prp. nr. 49 (2004–2005) s. 222, og ILO-rekommandasjon nr. 119, 1963

⁵¹ Ot.prp.nr. 49 (2004–2005) s. 222

⁵² Se også Stein Evju og Henning Jakhelln mfl., *Arbeidsrettslige emner*, Oslo 1979 s. 317

⁵³ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 223

3.2 Kort om vilkårene for fortrinnsrett etter aml. § 14-2

3.2.1 «virksomhetens forhold»

For at en arbeidstaker skal være fortrinnsberettiget må arbeidstakerens oppsigelse skyldes «virksomhetens forhold», jf. aml. § 14-2 første ledd. Uttrykket «virksomhetens forhold» avgrenser mot oppsigelse som skyldes arbeidstakerens egne forhold. Systembetragtninger tilsier at «virksomhetens forhold» i aml. § 14-2 må tillegges samme betydning som «virksomhetens (...) forhold» i lovens § 15-7, som gir hjemmel for saklig oppsigelse av arbeidstaker. I forarbeidene eksemplifiseres det med at «virksomhetens forhold» blant annet omfatter oppsigelser som skyldes driftsinnskrenkninger eller rasjonaliseringstiltak i virksomheten.⁵⁴ Slike behov kan virksomheten eksempelvis ha hvis endringer i markedet gjør det nødvendig å legge om driften.⁵⁵

Det kan stilles spørsmål ved om «virksomhetens forhold» i aml. § 14-2 også omfatter de tilfeller der arbeidstakeren selv sier opp på grunn av arbeidsmangel. Slike oppsigelser anses normalt å skyldes arbeidstakerens forhold, noe som etter en bokstavelig tolkning faller utenfor ordlyden.⁵⁶ Det er likevel svært uheldig dersom arbeidsgiver kan «tvinge» arbeidstakerne til å si opp selv, ved å unngå å foreta en nedbemanning til tross for manglende mulighet til å sysselsette sine arbeidstakere, og på den måten kan omgå fortrinnsrettsregelen. Dette tilsier at det avgjørende ikke bør være hvem som har tatt det formelle initiativet til oppsigelsen, men snarere om oppsigelsen i utgangspunktet skyldes forhold på virksomhetens side.⁵⁷ Svensk rett gir også støtte for en slik tolkning. I Sverige reguleres fortrinnsrett av 25 § anstillingskyddslagen, hvor arbeidstakere som er oppsagt på grunn av «arbetsbrist» har fortrinnsrett til ny stilling. Vilåret «arbetsbrist» tilsvarer vilåret «virksomhetens forhold» i aml. § 14-2, og avgrenser i utgangspunktet mot oppsigelser gitt av arbeidstakeren selv.⁵⁸ Likevel peker de svenske lovforarbeidene på at dersom arbeidstakeren først sies opp på grunn av «arbetsbrist», før arbeidstakeren deretter selv sier opp, typisk fordi det har dukket opp en ny jobb og en slik oppsigelse vil gi kortere oppsigelsestid, er arbeidstakeren «fortfaren daanses uppsagd av arbeidsgivaren».⁵⁹ Til tross for at dette eksempelet omhandler noe annet enn at

⁵⁴ *Ibid.* s. 329

⁵⁵ Ertzaas mfl. 2004 s. 76

⁵⁶ Se også Ot.prp. nr. 49 (2004–2005) s. 329

⁵⁷ Tilsvarende betraktninger i Jan Tormod Dege, *Arbeidsgivers styringsrett, bind I, Ytre rammevilkår og arbeidsavtalen*, Oslo 1995 s. 427

⁵⁸ Prop. 1973: 129 s. 264

⁵⁹ *Ibid.*

arbeidstakeren selv sier opp på grunn av arbeidsmangel, illustrerer eksempelet at vilkåret om «arbeitsbrist» omfatter mer enn klare tilfeller av oppsigelser på grunn av virksomhetens forhold. Dette gir støtte for at det også etter norsk rett bør være avgjørende hvorvidt oppsigelsen i *utgangspunktet* skyldes forhold på arbeidsgiverens side, og ikke hvem som ga den formelle oppsigelsen.

3.2.2 «ny ansettelse»

Fortrinnsretten gjelder kun for «ny ansettelse» i virksomheten, jf. aml. § 14-2. Ordlyden indikerer et nytt ansettelsesforhold. Etter ordlyden er det irrelevant hva arbeidstakeren tidligere har vært ansatt som.⁶⁰ Forarbeidene er tause om hva som skal anses som en nyansettelse. Sett ut fra lovens hovedregel om faste ansettelser, tilsier systembetraktninger at vilkåret «ny ansettelse» tar sikte på faste ansettelsesforhold. Samtidig innebærer også midlertidige ansettelser at det etableres et direkte ansettelsesforhold mellom arbeidsgiveren og arbeidstakeren.⁶¹ På denne bakgrunn er det i juridisk teori enighet om at dersom arbeidsgiver skal foreta en midlertidig ansettelse, vil også dette betraktes som en «ny ansettelse» etter aml. § 14-2.⁶² Hvorvidt vilkåret «ny ansettelse» også omfatter innleie av arbeidskraft er mer omstridt, og vil være gjenstand for drøftelse under kapittel 5.

Interne rokeringer av dem som allerede er ansatt faller som utgangspunkt utenfor ordlydens virkeområde.⁶³ Fortrinnsrett utløses likevel hvis det har funnet sted en ekstern utlysning og en ansettelsesprosess iverksettes, selv om arbeidsgiver tenker å besette stillingen ved internt opprykk.⁶⁴ Mer tvilsomt er det dersom arbeidsgiver under ansettelsesprosessen velger å ikke ansette noen likevel.⁶⁵ Ifølge arbeidsgivers styringsrett har arbeidsgiver ingen plikt til å ansette selv om han har et udekket arbeidskraftsbehov i fortrinnsrettsperioden, noe som tilsier at fortrinnsrett som utgangspunkt ikke utløses i slike tilfeller.⁶⁶ Det kan likevel stilles spørsmål ved om fortrinnsrett bør utløses dersom arbeidsgiver unnlater å ansette noen *fordi* han vil unngå at en fortrinnsberettiget arbeidstaker gjør gjeldende sin fortrinnsrett. Unnlatsen bygger i et slikt tilfelle på en illojal omgåelseshensikt fra arbeidsgivers side.

⁶⁰ Se også Evju mfl. 1979 s. 324

⁶¹ Se punkt 4.2

⁶² Atle Sonsteli Johansen, Einar Stueland (red.), *Arbeidsmiljøloven, kommentarer og praksis*, 2. utgave, Oslo 2015 s. 577, Claude A. Lenth (red.) mfl., *Arbeidsmiljøloven med kommentarer*, 3. utgave, Oslo 2017 s. 804, og Fougner 2019 s. 947

⁶³ Evju mfl. 1979 s. 324

⁶⁴ Lenth (red.) mfl. 2017 s. 804, Jan Fougner mfl., *Arbeidsmiljøloven. Kommentarutgave*, 3. utg, Oslo 2018 s. 664 -665

⁶⁵ *Ibid.*

⁶⁶ Jan Tormod Dege, *Den individuelle arbeidsrett, del I*, Oslo 2009 s. 724

Enkelte juridiske forfattere peker på at en «rettsteknisk enkel løsning» taler imot at fortrinnsrett utløses i slike tilfeller.⁶⁷ Andre forfattere peker på at bakgrunnen for reverseringen vil være avgjørende, og at fortrinnsrett utløses dersom unnlåtelsen av å ansette noen skyldes at arbeidsgiver ønsker å omgå fortrinnsretsreglene.⁶⁸ Til tross for at det å påvise unnlåtelseshandlinger innebærer store bevismessige utfordringer, fremstår sistnevnte løsning å ha best grunner for seg, da fortrinnsretsregelen er en stillingsvernsregel hvor formålet er å beskytte arbeidstakerne.⁶⁹

3.2.3 «samme virksomhet»

Fortrinnsrettens rekkevidde er videre begrenset til nyansettelser i «samme virksomhet», jf. aml. § 14-2 første ledd. Også her kan det oppstå tvil om hva som er samme «virksomhet» og hva som er to ulike virksomheter.⁷⁰ I relasjon til virksomhetsbegrepet i aml. § 14-2, er det i juridisk teori tatt til inntekt for at en viss veiledning kan hentes ut fra den gamle arbeidsmiljøloven § 58 femte ledd, tilsvarende aml. § 15-3 sjette ledd i dagens arbeidsmiljølov.⁷¹ Etter aml. § 15-3 sjette ledd følger det forutsetningsvis at virksomheter som ikke har felles eierinteresser eller felles ledelse, *ikke* anses å være «samme virksomhet».

Løsningen er til en viss grad sammenfallende med hva Høyesterett har antydnet for innholdet av virksomhetsbegrepet i aml. §§ 14-12 og 14-13, om at «virksomhet» må forstås som den juridiske enhet som helhet, og ikke som den enkelte av flere avdelinger.⁷² Også etter aml. § 15-3 sjette ledd vil et foretak som har felles eierinteresser og felles ledelse være «samme virksomhet», selv om foretaket har atskilte avdelinger som utfører ulike arbeidsoppgaver. Det er imidlertid mulig å tolke aml. § 15-3 sjette ledd som at «samme virksomhet» kan ramme mer enn kun den juridiske enhet som helhet. Eksempelvis vil en gruppe foretak, hvor foretakene hver for seg utgjør selvstendige juridiske enheter, etter bestemmelsens ordlyd kunne være «samme virksomhet» dersom de har felles eierinteresser og felles ledelse.⁷³

⁶⁷ Lenth (red.) mfl. 2017 s. 804

⁶⁸ Fougner mfl. 2018 s. 665, Jan Fougner mfl., *Omstilling og nedbemanning*, 3. utgave, Oslo 2016 s. 409-410

⁶⁹ Se punkt 3.1

⁷⁰ Se punkt 2.2.2 og Rt. 2013 s. 1730 YIT

⁷¹ Ot.prp.nr. 49 (2004–2005) s. 335, Evju mfl. 1979 s. 323

⁷² Se punkt 2.2.2

⁷³ Aml. § 15-3 sjette ledd forutsetningsvis

3.2.4 «kvalifisert»

Arbeidstakeren må videre være «kvalifisert» for den ledige stillingen i virksomheten, jf. aml. § 14-2. Ved vurderingen av om dette kvalifikasjonskravet er oppfylt, må både arbeidstakerens «faglige og personlige forutsetninger eller kvalifikasjoner» tas i betraktning.⁷⁴ Personlige forutsetninger som kan være relevante er eksempelvis arbeidstakerens samarbeidsevner og arbeidstakerens bidrag til arbeidsmiljøet.⁷⁵ Arbeidstakerens personlige egenskaper må også sees i lys av hva slags stilling det er tale om; for en lederstilling vil arbeidstakerens evne til å motivere sine medarbeidere være relevant å vektlegge, mens det for en stilling som selger vil være mer relevant å vektlegge arbeidstakerens overtalelsesevner.⁷⁶ Det kreves ikke at arbeidstakerens kvalifikasjoner ligger på et høyere nivå enn hva som anses som gjennomsnittlig for stillingen.⁷⁷ Arbeidsgiver kan som hovedregel ikke unnlate å ansette en arbeidstaker som anses som kvalifisert for stillingen, med den begrunnelse at det finnes bedre kvalifiserte søkere.⁷⁸

3.2.5 «ansatt i virksomheten i til sammen 12 måneder de siste to år»

Ikke enhver arbeidstaker er fortrinnsberettiget. Arbeidstakeren må ha vært «ansatt i virksomheten i til sammen 12 måneder de siste to år», jf. aml. § 14-2 tredje ledd. Det er nærliggende å tro at vilkåret er utslag av en avveining av arbeidsgivers behov for fleksibilitet og arbeidstakers behov for beskyttelse; fortrinnsrettsregelen begrenser arbeidsgivers styringsrett og det er derfor rimelig at arbeidstakeren har en viss tilknytning til virksomheten før vedkommende får stillingsvern etter bestemmelsen.⁷⁹

3.3 Virkningen av at vilkårene for fortrinnsrett er oppfylt

3.3.1 Fortrinnsrettens varighet

Det følger forutsetningsvis av aml. § 14-2 at dersom vilkårene for fortrinnsrett er oppfylt, må arbeidsgiveren tilby arbeidstakeren ansettelse foran en annen søker.

⁷⁴ Ot.prp. nr. 49 (2004–2005) s. 329

⁷⁵ Rt. 2003 s. 1754 avsnitt 25 og 26, og Thomas Benson, *Arbeidsrettsboka*, 2. utgave, Bodø 2014 s. 49

⁷⁶ *Ibid.*

⁷⁷ Ot.prp. nr. 49 (2004–2005) s. 329

⁷⁸ *Ibid.* s. 223

⁷⁹ Se også Benson 2014 s. 51

Arbeidstaker kan ikke gjøre fortrinnsretten gjeldende for alltid. Fortrinnsretten er begrenset i tid fra oppsigelsestidspunktet og i «ett år fra oppsigelsesfristens utløp», jf. aml. § 14-2 fjerde ledd. Dette innebærer at fortrinnsrettsperiodens varighet vil variere i takt med hvor lang oppsigelsesfrist den enkelte arbeidstaker har etter sin arbeidskontrakt.

Fortrinnsretten vil dessuten bortfalle dersom arbeidstaker har fått tilbud om en «passende stilling», men ikke har akseptert denne senest 14 dager etter tilbudet ble mottatt, jf. aml. § 14-2 femte ledd. Hva som anses som «passende stilling» beror på skjønn, uten at det kan stilles for høye krav til stillingen.⁸⁰

3.3.2 Flere fortrinnsberettigede til samme stilling

Dersom det er flere fortrinnsberettigede til samme stilling, følger det av aml. § 14-2 sjette ledd at arbeidsgiver «plikter å følge de samme regler for utvelgelse som de som gjelder ved oppsigelse på grunn av driftsinnskrenkninger eller rasjonaliseringstiltak». Arbeidsgiver kan derfor ikke på skjønnsmessig grunnlag velge en fortrinnsberettiget arbeidstaker fremfor en annen. Ved nedbemanning på grunn av driftsinnskrenkninger eller rasjonaliseringstiltak, må arbeidsgiver ta i betraktning eventuelle ansiennitetsregler, samt foreta en avveining av «virksomhetens behov og de ulemper oppsigelsen påfører den enkelte arbeidstaker», jf. aml. § 15-7 andre ledd.⁸¹ Selv om arbeidsgiver plikter å følge de samme utvelgelseskriterier ved valg mellom flere fortrinnsberettigede, som for utvelgelsen som ble gjort ved den forutgående oppsigelsen, innebærer ikke dette nødvendigvis at den samme rekkefølgen skal brukes ved nyansettelser.⁸² Vurderingene tar utgangspunkt i ulikt tidspunkt. Virksomhetens behov for kompetanse på tidspunktet for nyansettelsen kan være endret fra tidspunktet for oppsigelsen. Avveiningen av «virksomhetens behov og de ulemper oppsigelsen påfører den enkelte arbeidstaker» kan derfor få ulikt utslag for utvelgelsen av hvem som skal gis oppsigelse etter aml. § 15-7, og ved utvelgelsen mellom flere fortrinnsberettigede etter aml. § 14-2 sjette ledd.

3.3.3 Virkningen av brudd på reglene om fortrinnsrett

Brudd på reglene om fortrinnsrett foreligger typisk dersom en fortrinnsberettiget blir forbigått av en annen søker. Dersom retten finner at en fortrinnsberettiget skulle ha vært ansatt i en

⁸⁰ Ot.prp. nr. 41 (1975–1976) s. 79 jf. Ot.prp. nr. 49 (2004–2005) s. 329.

⁸¹ Ot.prp.nr. 41 (1975-1976) s. 72 jf. Ot.prp. nr. 49 (2004–2005) s. 335

⁸² Ot.prp. nr. 49 (2004–2005) s. 222

bestemt stilling, skal retten etter påstand fra den fortrinnsberettigede «avsi dom for ansettelse i stillingen», med mindre dette finnes «urimelig», jf. aml. § 14-4.

Det kan stilles spørsmål ved hva som skal til før det vil være «urimelig» å ansette en fortrinnsberettiget i stillingen. Ordlyden er vag. Spørsmålet har vært gjenstand for diskusjon i juridisk teori.⁸³ Enkelte forfattere argumenterer for at det vil være «urimelig» å pålegge ansettelse dersom noen allerede er ansatt i stillingen.⁸⁴ Med tanke på at fortrinnsrettsperioden varer i ett år, og det vil ta tid før arbeidstakeren får dom på ansettelse i stillingen, må det imidlertid antas at det vil være normalsituasjonen at en annen allerede er ansatt i stillingen. Et slikt standpunkt risikerer dermed å uthule aml. § 14-4 sitt formål om å gi større realitet til fortrinnsrettsregelen i aml. § 14-2.⁸⁵ Ut fra tilsvarende betraktninger argumenterer andre forfattere mer overbevisende for at hvorvidt noen er ansatt i stillingen ikke er avgjørende i seg selv, men at det vil være et sentralt moment i urimelighetsvurderingen.⁸⁶ Øvrige momenter i urimelighetsvurderingen kan være tiden som har gått siden ansettelsen fant sted, om arbeidsgiveren i mellomtiden har foretatt en nedbemanning, og om nedbemanninger eller permitteringer er sannsynlig i nær fremtid.⁸⁷

Arbeidstakeren kan også kreve erstatning ved brudd på fortrinnsrettsregelen, jf. aml. § 14-4 andre ledd. Erstatningen skal fastsettes på samme måte som ved urettmessig opphør av arbeidsforholdet, til det beløp som retten finner «rimelig» under hensyn til «det økonomiske tap, arbeidsgivers og arbeidstakers forhold og omstendighetene for øvrig», jf. aml. § 14-12 andre ledd jf. § 14-4 andre ledd andre punktum. I dette ligger det at arbeidstakeren kan få både erstatning for sitt økonomiske tap og oppreisning for ikke-økonomisk tap han har lidt.

⁸³ Se blant annet Alexander Næss Skjønberg, Eirik Hognestad, Marianne Jenum Hotvedt, *Individuell arbeidsrett*, 2. utgave, Oslo 2017 s. 150 og Fougner mfl. 2018 s. 681

⁸⁴ Fougner mfl. 2018 s. 681, Benson 2015 s. 57

⁸⁵ Ot.prp. nr. 50 (1993–1994) s. 204

⁸⁶ Skjønberg mfl. 2017 s. 150, Johansen/Stueland 2015 s. 591 og Lenth mfl. 2017 s. 828

⁸⁷ Lenth (red.) mfl. 2017 s. 828

4 Likheter og forskjeller mellom midlertidig ansettelse og innleie

4.1 Innledning

Overfor har vi sett at midlertidige ansettelser anses å være nyansettelser som utløser fortrinnsrett etter aml. § 14-2, men at spørsmålet om fortrinnsrett utløses ved innleie er langt fra like klart.⁸⁸ Reglene om midlertidig ansettelse og reglene om innleie av arbeidskraft tjener likevel samme overordnede funksjon; de gir arbeidsgiver fleksibilitet til å dekke et midlertidig arbeidskraftsbehov på en annen måte enn ved fast ansettelse.⁸⁹ Videre er det flere likhetstrekk mellom arbeidsmiljølovens regler om henholdsvis midlertidige ansettelser og innleie av arbeidskraft. Hvilken betydning kan disse likhetstrekkene tillegges for spørsmålet om fortrinnsrett utløses ved innleie? For å besvare dette spørsmålet er det nødvendig å se nærmere til hvilke likheter og hvilke forskjeller det faktisk er mellom midlertidige ansettelser etter aml. § 14-9, og innleie av arbeidskraft etter aml. § 14-12. Først er det imidlertid nødvendig å si noe kort om hva midlertidig ansettelse er.

4.2 Midlertidig ansettelse

Arbeidsgiver kan ansette midlertidig dersom et av alternativene i aml. § 14-9 andre ledd bokstav a til f er oppfylt. Felles for alternativene i bokstav a til f er at det er tale om arbeid som er begrenset, enten ved arbeidets art eller ved en bestemt tidsperiode. Midlertidige ansettelser kjennetegnes dermed ved at arbeidets varighet er konkret angitt; oppsigelsen gis samtidig med ansettelsen.⁹⁰

Reglene om midlertidige ansettelser tjener flere formål. For det første bidrar regelverket til å ivareta arbeidsgivers behov for fleksibilitet til å kunne drifte virksomheten effektivt, der virksomheten har behov for midlertidig arbeidskraft.⁹¹ For det andre kan reglene om midlertidige ansettelser bidra til å realisere det overordnede målet om at flest mulig skal ha et fast ansettelsesforhold.⁹² Midlertidige ansettelser kan nemlig være en nyttig inngangsport til

⁸⁸ Se punkt 3.2.2

⁸⁹ Se punkt 2.1.1

⁹⁰ Benson 2014 s. 61

⁹¹ Ot.prp. nr. 49 (2004–2005) s. 208

⁹² *Ibid.* s. 15

arbeidslivet for enkelte grupper som møter større utfordringer enn andre med å etablere varig kontakt med arbeidsmarkedet, og fordi adgangen til å ansette midlertidig gjør det lettere for virksomheter i oppstartsfasen å etablere seg, da det i oppstartsfasen kan være stor usikkerhet om hvor stort behov for permanent arbeidskraft virksomheten faktisk har.⁹³

4.3 Likheter og forskjeller mellom midlertidig ansettelse og innleie

4.3.1 Likheter

Det er flere likhetstrekk mellom reglene om midlertidige ansettelser og reglene om innleie av arbeidskraft fra bemanningsforetak.

Arbeidsgivers adgang til å ansette midlertidig og til å leie inn arbeidskraft, er i stor grad sammenfallende. Innleie fra bemanningsforetak betinger at et av alternativene for midlertidig ansettelse i aml. § 14-9 andre ledd bokstav a til e er oppfylt, jf. aml. § 14-12 første ledd. I tillegg har arbeidsgiver i tariffbundet virksomhet adgang til å avtale med arbeidstakernes tillitsvalgte både midlertidig ansettelse og innleie i større utstrekning enn lovens utgangspunkt, jf. aml. §§ 14-9 fjerde ledd og 14-12 andre ledd.

Det er også likhetstrekk mellom de juridiske forpliktelsene arbeidsgiver har overfor midlertidige ansatte og overfor innleide arbeidstakere i virksomheten. Arbeidsgiver har en årlig drøftelsesplikt; en plikt til å drøfte bruken av midlertidige ansatte og bruken av innleie én gang i året, jf. henholdsvis aml. §§ 14-9 andre ledd andre punktum og 14-12 tredje ledd. Arbeidsgiver er også pålagt et diskrimineringsforbud i begge tilfeller, jf. aml. §§ 13-1 tredje ledd og 13-2 andre ledd, og vikarbyrådirektivets artikkel 5.⁹⁴

Videre kan arbeidsgivers ulovlige bruk av midlertidige ansatte og av innleide arbeidstakere utløse de samme reaksjonene. Etter påstand fra den forbigåtte arbeidstaker kan domstolen avsi dom for at det enten foreligger et fast arbeidsforhold hos arbeidsgiver eller innleievirksomheten, eller for at arbeidsforholdet fortsetter, jf. henholdsvis aml. §§ 14-11 første ledd og 14-14 første ledd. Arbeidstakeren kan også kreve erstatning fra arbeidsgiveren, jf. aml. §§ 14-11 andre ledd og 14-14 andre ledd.

⁹³ *Ibid.* s. 209

⁹⁴ Rådsdirektiv 2008/104/EF (Vikarbyrådirektivet)

Ytterligere likhetstrekk er at både midlertidige ansatte og innleide arbeidstakere vernes av den såkalte «fireårsregelen». Fireårsregelen innebærer at midlertidige ansatte som har vært «ansatt sammenhengende» i «fire år», skal anses som fast ansatt, jf. aml. § 14-9. Virkningen inntreffer imidlertid etter tre år dersom den midlertidige ansettelsen består av et vikariat eller et generelt midlertidig ansettelsesforhold i henhold til aml. § 14-9 bokstav b eller f, men regelen omtales likevel som «fireårsregelen».⁹⁵ Fireårsregelen gjelder tilsvarende for innleie, jf. aml. § 14-12 fjerde ledd. Bestemmelsen har til formål å verne arbeidstakerne mot at de blir gående på «evigvarende» midlertidige kontrakter, og bidrar til å ivareta lovgivers intensjon om at flest mulig skal ha faste ansettelsesforhold.⁹⁶

Endelig kan det pekes på at den ulovfestede grunnbemanningslæren aktualiseres både ved midlertidige ansettelser og ved innleie. Læren har vokst frem gjennom langvarig rettspraksis, og går i korte trekk ut på at dersom arbeidsgiver dekker et fast arbeidskraftsbehov ved bruk av midlertidige ansette eller innleid arbeidskraft, kan den midlertidige ansatte eller den innleide arbeidstaker ha rett til fast ansettelse i virksomheten.⁹⁷ For at den ulovfestede grunnbemanningslæren skal aktualiseres må tre krav være oppfylt; det må foreligge et fast og stabilt behov for arbeidskraft i virksomheten, arbeidskraftsbehovet må kunne dekkes ved å øke grunnbemanningen uten at det fører til vesentlig ulempe for virksomheten, og det må foreligge tilstrekkelig fast tilknytning mellom den som utfører arbeidet og det aktuelle arbeidsforholdet.⁹⁸ Læren tjener en selvstendig funksjon som stillingsvernsregel ved siden av den lovfestede fireårsregelen, da den ikke oppstiller noe krav om varighet og derfor kan gi arbeidstakeren grunnlag for fast ansettelse før fire år har gått.⁹⁹

4.3.2 Forskjeller

Til tross for at det er flere likhetstrekk mellom reglene om midlertidige ansettelser og reglene om innleie fra bemanningsforetak, er det ikke fullstendig sammenfall.

Det er visse, sentrale forskjeller i adgangen til å ansette midlertidig og adgangen til å leie inn arbeidskraft. Arbeidsmiljøloven § 14-9 andre ledd bokstav f oppstiller en alternativ hjemmel

⁹⁵ Eksempelvis Prop. 39 L (2014–2015) punkt 5.3.1.8

⁹⁶ Ot.prp. nr. 49 (2004–2005) s. 218

⁹⁷ Rt. 1989 s. 1116 Statfjord-dommen (på s. 1120), Rt. 2006 s. 1158 Ambulansesaken (avsnitt 39) og Rt. 2009 s. 578 Sykehuset Innlandet (avsnitt 42 flg.)

⁹⁸ *Ibid.*, og Jan Fougner, «Læren om fast ansettelse ved varig behov», *Arbeidsrett*, vol 6 nr. 2 2009 s. 98-104 (s. 102)

⁹⁹ Se også Rt. 2009 s. 578 Sykehuset Innlandet (avsnitt 46-48)

for midlertidige ansettelser, som ikke gjelder tilsvarende for innleie av arbeidskraft.¹⁰⁰ Etter bokstav f kan arbeidsgiver foreta midlertidige ansettelser på generelt grunnlag for en periode på inntil 12 måneder, så fremt antallet midlertidige ansatte er innenfor en kvote på «inntil 15 prosent av arbeidstakerne», men «minst én arbeidstaker». At det ikke er noen tilsvarende kvoteberegning for innleide arbeidstakere er et bevisst valg fra lovgivers side, da en slik kvoteberegning vil innebære en risiko for at flere arbeidsgivere velger innleie fremfor midlertidige ansettelser, noe som kan undergrave ønsket om at det norske arbeidsmarkedet først og fremst skal bestå av topartsforhold.¹⁰¹

Videre har virksomheter som er tariffbundet bredere adgang til å avtale innleie utover lovens begrensninger, enn de har til å avtale midlertidige ansettelser. Slik avtale kan gjøres med arbeidstakernes tillitsvalgte på generelt grunnlag for innleie, jf. aml. § 14-12 andre ledd, mens det for midlertidige ansettelser er begrenset til ansatte som skal utføre «kunstnerisk arbeid, forskningsarbeid eller arbeid i forbindelse med idrett», jf. aml. § 14-9 fjerde ledd.

Til tross for at det er flere likhetstrekk mellom arbeidsgiverens juridiske forpliktelser overfor midlertidig ansatte og overfor innleide arbeidstakere, strekker arbeidsgivers ansvar seg noe lenger overfor midlertidige ansatte enn overfor innleide. Dette er en konsekvens av at midlertidige ansettelser er en topartsrelasjon hvor arbeidsgiveren har det fulle ansvaret overfor arbeidstakeren, mens innleie er en trepartsrelasjon hvor det er utleievirksomheten som har det primære arbeidsgiveransvar overfor den utleide arbeidstakeren. Innleievirksomhetens må likevel sørge for at den innleide arbeidstakeren har et fullt ut forsvarlig arbeidsmiljø og at arbeidstiden samsvarer med arbeidsmiljølovens bestemmelser, jf. aml. § 2-2. Følgelig baserer innleievirksomhetens ansvar overfor den innleide seg hovedsakelig til forhold knyttet til virksomhetens drift og styring av den innleide.¹⁰² Innleievirksomheten kan også bli solidarisk ansvarlig med utleievirksomheten for lønn, feriepenger og eventuell annen godtgjøring, jf. aml. § 14-12 c.

Videre er det grunn til å tro at fireårsregelen vil gi et bedre vern for midlertidige ansatte enn for innleide arbeidstakere. Dette til tross for at regelen i henhold til aml. §§ 14-9 syvende ledd og 14-12 fjerde ledd, gjelder i begge tilfeller. Fireårsregelen aktualiseres ved «sammenhengende» arbeidsforhold. En bokstavelig tolkning av «sammenhengende» tilsier at ethvert avbrudd mellom flere, gjentatte midlertidige ansettelsesforhold mellom en

¹⁰⁰ Se aml. § 14-9 andre ledd sml. aml. § 14-12 første ledd

¹⁰¹ Prop. 39 L (2014–2015) s. 117

¹⁰² Marianne Jennum Hotvedt, «Arbeidsgiverbegrepet. En analyse av grunnlaget for arbeidsgiverplikter», *Arbeidsrett*, vol 12 nr. 2 2015 s. 159-192 (s. 171)

arbeidstaker og en arbeidsgiver, faller utenfor. Fireårsregelen ble imidlertid inntatt i arbeidsmiljøloven etter inspirasjon fra EUs rådsdirektiv 1999/70, som påla EUs medlemsland å treffe tiltak for å forhindre at arbeidsgiver misbruker regelverket gjennom gjentatt bruk av midlertidige ansettelser.¹⁰³ At regelens formål er å forhindre at arbeidsgiver misbruker sin fleksibilitet, tilsier at vilkåret «sammenhengende» ikke kan tolkes for bokstavelig, og at kortere avbrudd mellom to midlertidige ansettelser må sees bort fra. Hvorvidt kravet til «sammenhengende» ansettelse er oppfylt eller ikke, beror for øvrig på en «totalvurdering av ansettelsesforholdet og begrunnelsen for avbruddet».¹⁰⁴ Dersom arbeidsgiver eksempelvis «lufte» en midlertidig ansatt, ved å legge inn et opphold mellom to etterfølgende midlertidige ansettelsesforhold, med den hensikt å unngå at arbeidstakeren som følge av fireårsregelen får rett på fast ansettelse, vil denne illojale omgåelseshensikten kunne vektlegges i totalvurderingen av om kravet til «sammenhengende» ansettelse er oppfylt og tilsi at det må sees bort fra luftingen i det konkrete tilfellet.¹⁰⁵ Dersom beslutningen om å lufte en midlertidig ansatt derimot skyldes at arbeidsgiver ikke har behov for arbeidskraften på grunn svingninger i markedet, er oppholdet mellom de to ansettelsesforholdene legitimt og vil avbryte beregningen av hvor «sammenhengende» den midlertidige ansettelsen har vært. Grunnen til at fireårsregelen antas å fungere bedre som vernebestemmelse for midlertidige ansatte enn for innleide arbeidstakere, er at det vil være enklere for arbeidsgiver å skjule en illojal omgåelseshensikt ved innleie av arbeidskraft. Som følge av at innleievirksomheten og utleievirksomheten har inngått en oppdragsavtale, kan de eksempelvis sirkulere på hvem som er den innleide arbeidstaker, noe som vil reguleres av kontraktsrettslige regler.¹⁰⁶ Slik omgåelse vil derfor vanskelig fanges opp av arbeidsmiljølovens stillingsvernsregler.

4.4 Betydningen av likhetstrekkene i regelverket for spørsmålet om fortrinnsrett utløses ved innleie

Som gjennomgangen over viser, er det en rekke likhetstrekk mellom reglene som knytter seg til midlertidige ansettelser og til innleie av arbeidskraft. En av hovedbegrunnelsene for at det er parallell lovgivning for midlertidig ansettelse og for innleie, er at begge disse ordningene

¹⁰³ Rådsdirektiv 1999/70/EF artikkel 2 smh. vedlagt rammeavtale klausul 5 nr. 1 bokstav b, smh. klausul 1 bokstav b, jf. Ot.prp. nr. 49 (2004–2005) s. 218

¹⁰⁴ Ot.prp. nr. 49 (2004–2005) s. 219 og s. 333

¹⁰⁵ Fougner mfl. 2018 s. 730, Johansen/Stueland 2015 s. 629. Se også TOSLO-2007-99956 hvor tingretten fant at arbeidsgiveren «luftet» arbeidstakere for å forhindre at arbeidstakerne fikk et sterkt oppsigelsesvern. Avgjørelsen knytter seg til fireårsregelen i den gamle tjenestemannsloven § 10. Bestemmelsen harmoniserer med arbeidsmiljølovens fireårsregel, og rettspraksis knyttet til tjenestemannsloven § 10 er derfor relevant, jf. Ot.prp. nr. 49 (2004–2005) s. 218

¹⁰⁶ Se punkt 2.1.2

dekker et behov for korttidsarbeidskraft.¹⁰⁷ Lovgivningen er derfor i stor grad utslag av avveininger gjort av de samme interesser og hensyn. Dette tilsier at likhetstrekkene i regelverket kan tillegges ganske stor vekt ved tolkningen av arbeidsmiljølovens stillingsvernsregler.

Parallell lovgivning for midlertidig ansettelse og for innleie har likevel ikke vært et mål for lovgiver i seg selv. Målet har vært å gi et høyt beskyttelsesnivå for faste ansettelser, og å sikre størst mulig utbredelse av direkte relasjoner mellom arbeidsgiver og arbeidstaker (topartsforhold).¹⁰⁸ Dette, sett i lys av at det også er sentrale forskjeller i regelverket, tilsier at betydningen av likhetstrekkene i regelverket ikke må overdrives når forholdet mellom reglene om innleie og arbeidsmiljølovens vernebestemmelser skal klargjøres. At midlertidige ansettelser utløser fortrinnsrett, kan følgelig ikke få noen avgjørende betydning for spørsmålet om også innleie utløser fortrinnsrett etter aml. § 14-2. Hvorvidt utløsning av fortrinnsrett er en ytterligere forskjell eller et ytterligere likhetstrekk mellom midlertidige ansettelse og innleie av arbeidskraft, beror på en dypere analyse.

¹⁰⁷ Ot.prp. nr. 49 (2004–2005) s. 221

¹⁰⁸ Prop. 39 L (2014–2015) s. 117

5 Kan innleie utløse fortrinnsrett etter aml. § 14-2?

5.1 Ordlyden «ny ansettelse» i aml. § 14-2

Et naturlig startpunkt ved vurderingen av spørsmålet om fortrinnsrett utløses ved innleie, er å vurdere om innleie faller inn under vilkåret «ny ansettelse» i aml. § 14-2.¹⁰⁹

Den naturlige språklige forståelsen av «ny ansettelse» er at det etableres et nytt arbeidsforhold mellom arbeidsgiver og arbeidstaker. Ordlyden indikerer et arbeidsforhold av ordinær art; en topartsrelasjon mellom arbeidsgiver og arbeidstaker, basert på en arbeidsavtale som avklarer hvilke rettigheter og plikter partene har overfor hverandre. I motsetning til slike ordinære ansettelsesforhold innebærer innleie en trepartsrelasjon, hvor det ikke foreligger noe direkte ansettelsesforhold mellom den innleide og innleievirksomheten.¹¹⁰ Mangelen på ansettelsesforhold mellom den innleide og innleievirksomheten, tilsier at innleie faller utenfor virkeområdet til vilkåret «ny ansettelse», jf. aml. § 14-2.

Det kan likevel argumenteres for at innleie er en form for indirekte ansettelse, da arbeidsgiveren benytter den innleides arbeidskraft som om arbeidskraften kom fra arbeidsgiverens egne arbeidstakere.¹¹¹ På denne bakgrunn må det vurderes om det er rettskildemessig grunnlag for å tolke vilkåret «ny ansettelse» i aml. § 14-2 utvidende til også å omfatte innleie av arbeidskraft.

5.2 Kan «ny ansettelse» i aml. § 14-2 tolkes utvidende til også å omfatte innleietilfeller?

5.2.1 Tolkingsbidrag i lovtekst og forarbeider

Ordlyden «ny ansettelse» i aml. § 14-2 favner vidt, men gir i seg selv ingen direkte veiledning på hvorvidt det er grunnlag for en utvidende tolkning eller ikke.¹¹²

¹⁰⁹ Se punkt 3.2.2

¹¹⁰ Se punkt 2.1.2

¹¹¹ Skarning 2013 s. 44, se også punkt 2.2.3

¹¹² Se for øvrig punkt 5.1

Forarbeidene fremhever at tolkningen av arbeidsmiljølovens materielle bestemmelser skal skje i lys av både lovens og den enkelte bestemmelsens formål, og at formålsbetraktninger etter omstendighetene kan bli avgjørende for tolkningsresultatet.¹¹³ Videre fremgår det at siktemålet bak en rekke av lovens bestemmelser er å ramme omgåelser av arbeidstakernes stillingsvern, og at domstolene har en viss adgang til å skjære gjennom regelverket ved omgåelsestilfeller.¹¹⁴ For øvrig gir forarbeidene liten veiledning til det konkrete tolkningsspørsmålet.

5.2.2 Formålsbetraktninger

Et av arbeidsmiljølovens overordnede formål er å «sikre trygge ansettelsesforhold», jf. § 1-1 bokstav b. For å realisere dette overordnede formålet kan ikke arbeidsmiljøloven fravikes til ugunst for arbeidstakerne, jf. § 1-9. I tillegg er det inntatt en rekke stillingsvernsbestemmelser i loven, blant annet fortrinnsrettsregelen i aml. § 14-2. Det er imidlertid også andre hensyn enn vernehensyn som gjør seg gjeldende i arbeidsmiljøloven, eksempelvis hensynet til virksomhetens behov for fleksibilitet.¹¹⁵ Hva gjelder fortrinnsrettsregelen i aml. § 14-2, er bestemmelsens hovedformål som tidligere nevnt å forhindre at virksomheter fritt benytter seg av kortvarige driftsinnskrenkninger for å skifte ut arbeidsstokken, der dette ikke kunne skjedd ved saklig oppsigelse etter aml. § 15-7.¹¹⁶ Å sikre arbeidstakerne et effektivt stillingsvern er følgelig et sentralt formål bak både arbeidsmiljøloven generelt og fortrinnsrettsbestemmelsen spesielt.

Dersom vilkåret «ny ansettelse» i aml. § 14-2 tolkes utvidende til også å omfatte innleie av arbeidskraft, vil det medføre at arbeidstakere får stillingsvern utover de tilfeller hvor arbeidsgiver foretar en direkte ansettelse i virksomheten. Da et slikt tolkningsresultat vil bidra til å realisere et effektivt stillingsvern, trekker formålsbetraktninger i retning av en utvidende tolkning av vilkåret «ny ansettelse» i aml. § 14-2.

5.2.3 Rettspraksis

Det foreligger ingen høyesterettsavgjørelse som avgjør spørsmålet om innleie omfattes av aml. § 14-2. Videre er det kun to underrettsavgjørelser som i det hele tatt berører spørsmålet.

¹¹³ Ot.prp. nr. 49 (2004–2005) s. 68

¹¹⁴ *Ibid.* s. 81, 214 og 229

¹¹⁵ *Ibid.* s. 68-69

¹¹⁶ *Ibid.* s. 222, se også punkt 3.1

Hvilke tolkningsbidrag som kan hentes ut fra disse underrettsavgjørelsene vil undersøkes nærmere i det følgende.

Gulating lagmannsrett tok i RG 1997 s. 906 stilling til en tvist mellom en tegner og et reklamebyrå. Som følge av at reklamebyrået opplevde en betydelig oppdragssvikt, ble nær alle ansatte i reklamebyrået, inkludert tegneren, oppsagt. Etter oppsigelsestiden fikk reklamebyrået en ny, større kunde, noe som bedret forholdene i reklamebyrået. For å dekke den nye oppdragsmengden leide reklamebyrået inn arbeidskraft fra en annen virksomhet. Det sentrale spørsmålet for lagmannsretten var om bruken av innleid arbeidskraft krenket den oppsagte tegnerens fortrinnsrett etter den gamle arbeidsmiljøloven § 67. Da dagens arbeidsmiljølov § 14-2 innebærer en videreføring av rettstilstanden, er lagmannsrettens uttalelser fremdeles relevante.¹¹⁷

Lagmannsretten fant at det ikke forelå noen krenkelse av tegnerens fortrinnsrett, da tegneren manglet nødvendige kvalifikasjoner for å kunne utføre de arbeidsoppgavene den innleide utførte. Selv om det ikke var nødvendig for sakens resultat å drøfte vilkårene for fortrinnsrett videre etter dette, uttalte lagmannsretten likevel følgende:

*«Lagmannsretten bemerker at det i forhold til [den innleide] 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, men med det resultat lagmannsretten er kommet til etter en realitetsvurdering er det ikke nødvendig å ta endelig stilling til dette.»*¹¹⁸

Lagmannsretten antyder med dette at vilkåret «ny tilsetting» i den gamle arbeidsmiljøloven § 67, som tilsvarer vilkåret «ny ansettelse» i aml. § 14-2, også omfatter innleietilfellene. Det må imidlertid knyttes noen bemerkninger til uttalelsens vekt som tolkningsfaktor. RG 1997 s. 906 (Gulating) er en lagmannsrettsavgjørelse, som i seg selv har begrenset rettskildemessig vekt. Uttalelsen bærer også preg av å være et obiter dictum, da den ikke var nødvendig for dommens resultat. Videre svekkes uttalelsens rettskildemessige vekt ytterligere av at lagmannsretten ikke begrunner hvorfor de mener innleie omfattes av vilkåret «ny tilsetting», og av at lagmannsretten eksplisitt avstår fra å ta endelig stilling til spørsmålet. Følgelig kan det legges svært begrenset vekt på denne lagmannsrettsuttalelsen ved vurderingen av om vilkåret «ny ansettelse» i aml. § 14-2 kan tolkes utvidende til å omfatte innleie.

¹¹⁷ Ot.prp. nr. 49 (2004–2005) s. 329

¹¹⁸ RG 1997 s. 906 (Gulating)

Problemstillingen kom på spissen igjen for Stavanger tingrett i februar 2019.¹¹⁹ Avgjørelsen er anket og dommen er derfor ikke rettskraftig. Det vil likevel redegjøres for tingrettens syn på spørsmålet, da tingrettens argumentasjon kan gi inspirasjon til hvordan spørsmålet bør løses. Det konkrete saksforhold omhandlet en tvist mellom et selskap som leverer oljeboringstjenester og operatører av undervannsroboter. Da oljeboringsselskapet, en norsk filial av et utenlandsk selskap, sto uten kontrakter om nye boreoppdrag, ble det foretatt en omfattende omorganiserings- og nedbemanningsprosess hvor alle ansatte i filialen ble sagt opp. Etter oppsigelsene fikk den norske filialen kontrakt om et nytt boreoppdrag med varighet på én måned. Kontrakten ble senere utvidet, samtidig som ytterligere en kontrakt om boreoppdrag kom til. For å dekke dette nye, midlertidige arbeidskraftsbehovet som oppsto, ble det blant annet leid inn arbeidstakere fra det utenlandske konsernets egne, spesialiserte bemanningsforetak, som skulle operere undervannsroboter. På denne bakgrunn oppstod hovedproblemstillingen i saken; om bruken av innleid arbeidskraft krenket de oppsagte arbeidstakernes fortrinnsrett etter aml. § 14-2.

Ved vurderingen av om innleie innebar en «ny ansettelse» i samme virksomhet, jf. aml. § 14-2, så tingretten til sentrale tolkningsfaktorer før følgende konklusjon ble lagt til grunn:

«Rettens flertall har ikke funnet grunnlag for at innleie i seg selv utløser fortrinnsrett. Det fremgår ikke av ordlyden i bestemmelsen, hovedavtalens punkt 6.4, forarbeider, juridisk teori eller rettspraksis. Tidligere nevnte dom fra Gulating lagmannsrett, RG-1997-906, har en uttalelse i form av obiter dictum, og avgjør saken på annet grunnlag. Retten finner ikke at man ut ifra nevnte dom kan utlede en generell regel, og antar at det må vurderes konkret. Det vises til juridisk teori hvor dommens betydning er omstridt, samt at det ikke foreligger noen høyesterettsavgjørelser som klargjør dette. Innleie er basert på avtale mellom innleier og utleier som normalt er tidsbegrenset, og det harmoniserer da ikke med ordlyden «ny ansettelse».¹²⁰

Tingretten konkluderte følgelig med at vilkåret «ny ansettelse» ikke omfatter innleie av arbeidskraft, jf. aml. § 14-2. Avgjørelsen er avsagt med dissens, men dissensen knytter seg ikke til dette spørsmålet.

Til tross for at tingretten baserer sin konklusjon på en forsvarlig gjennomgang av sentrale rettskilder, mener jeg premisset for tingrettens avsluttende poeng er feil. Tingretten synes å

¹¹⁹ Stavanger tingrett, dom avsagt 27. mars 2019

¹²⁰ *Ibid.* s. 13-14

peke på det at innleie normalt bygger på en «tidsbegrenset» avtale, som et avgjørende argument for at innleie ikke omfattes av vilkåret «ny ansettelse» i aml. § 14-2. Fortrinnsrett utløses imidlertid dersom arbeidsgiver skal foreta midlertidige ansettelser, som også kan være tidsbegrensede arbeidsavtaler.¹²¹ Det er derfor vanskelig å se hvorfor det harmoniserer dårlig med ordlyden «ny ansettelse» at innleieavtaler er *tidsbegrensede*, når *tidsbegrensede* avtaler om midlertidige ansettelser faller innenfor den samme ordlyden. Riktignok er det sentrale forskjeller mellom en avtale om innleie og en avtale om fast eller midlertidig ansettelse, men at avtaleforholdet normalt er tidsbegrenset er ikke særpreget innleieavtalene.¹²² Tingrettens argumentasjon angående spørsmålet om innleie kan omfattes av vilkåret «ny ansettelse» i aml. § 14-2 er derfor ikke helt overbevisende, og argumentasjonen gir dermed begrenset inspirasjon til løsningen av tolkningsspørsmålet.

Stavanger tingrett stoppet imidlertid ikke fortrinnsrettsvurderingen etter å ha konstatert at innleie ikke kan anses som en «ny ansettelse» i aml. § 14-2. Tingretten konstaterte nemlig at:

«Retten legger til grunn at det er enighet i juridisk teori at illojal omgåelse av fortrinnsrettsreglene kan utløse fortrinnsrett.»¹²³

På denne bakgrunn gikk tingretten inn i en konkret vurdering av om bruken av innleide arbeidstakere fra det spesialiserte bemanningsbyrået innebar en *illojal omgåelse* av fortrinnsrettsreglene. Hvorvidt det er fullstendig enighet i juridisk teori om at illojal omgåelse av fortrinnsrettsreglene utløser fortrinnsrett kan likevel diskuteres, noe jeg vil komme tilbake til under punkt 5.2.4. Det er noe uklart hvor tingretten mener at eksistensen av en slik adgang til å skjære gjennom regelverket ved illojale omgøelser kan forankres. Det er uklart om gjennomskjæringsadgangen betraktes som en form for svært utvidende tolkning av virkeområdet til aml. § 14-2, om den baserer seg på analogibetraktninger eller på domstolsprejudikater.¹²⁴ Det foreligger imidlertid ikke noen domstolsprejudikater på området. Sees dette i lys av at lovforarbeidene presiserer at domstolene har en viss adgang til å skjære gjennom regelverket ved omgøelsestilfeller,¹²⁵ er det mest nærliggende å tro at en slik gjennomskjæringsadgang for illojale omgøelser baserer seg på en svært uvidende tolkning

¹²¹ Se punkt 3.2.2 og punkt 4.2

¹²² Se punkt 2.1.2 og punkt 4.3.2

¹²³ Stavanger tingrett, dom avsagt 27. mars 2019 s. 14

¹²⁴ Se Carl August Fleischer, *Rettskilder og juridisk metode*, 4. utgave, Oslo 1998 s. 215

¹²⁵ Se punkt 5.2.1

eller analogisk anvendelse av aml. § 14-2, uten at det kan skilles skarpt mellom de to tolkningsalternativene.¹²⁶

5.2.4 Juridisk teori

I juridisk teori har flere sentrale forfattere diskutert spørsmålet om fortrinnsrett etter aml. § 14-2 utløses der arbeidsgiver leier inn arbeidskraft. Hvilken løsning som bør legges til grunn, er omstridt.¹²⁷

Noen forfattere, blant annet Jan Fougner og Alexander Næss Skjønberg, argumenterer for at fortrinnsrett etter aml. § 14-2 ikke utløses ved innleie.¹²⁸ Forfatterne bak dette standpunkt legger til grunn en streng, objektiv forståelse av ordlyden «ny ansettelse» i aml. § 14-2, og peker på at det ikke etableres noe arbeidsforhold mellom innleier og den innleide.¹²⁹ At fortrinnsrett etter aml. § 14-2 utløses ved midlertidige ansettelser,¹³⁰ og at det er visse likhetstrekk mellom midlertidige ansettelser og innleie av arbeidskraft, anerkjennes av forfatterne. Likevel finner de det avgjørende at innleie rettslig sett er en *annen kontraktsmessig ordning* enn midlertidig ansettelse.¹³¹ Med dette siktes det til at innleie er en trepartsrelasjon, mens midlertidig ansettelse er en topartsrelasjon.

Andre forfattere, som Atle Sønsteli Johansen og Einar Stueland, inntar motsatt standpunkt. Disse forfatterne anerkjenner at innleie er problematisk ut fra ordlyden i arbeidsmiljøloven § 14-2, men mener at «gode grunner» likevel taler for at innleie utløser fortrinnsrett.¹³² Som begrunnelse vises det blant annet til at det *inngås ny avtale om arbeidskraft* med utleievirksomheten.¹³³ For disse forfatterne er det dermed avgjørende at innleie innebærer en form for indirekte ansettelsesforhold.

Forfatterne er uenige om hvor bokstavelig ordlyden «ny ansettelse» skal tolkes, men er ordknappe når det kommer til å tydeliggjøre hvilke momenter de anser som mest tungtveiende i de vurderinger og de avveininger de forutsetningsvis har gjort for å lande på sine konklusjoner. De ulike standpunktene i teorien kan best forklares med at forfatterne har ulik

¹²⁶ Fleischer 1998 s. 143

¹²⁷ Se eksempelvis Fougner mfl. 2018 s. 664 og Johansen/ Stueland (red.) 2015 s. 577

¹²⁸ Fougner 2019 s. 947, Fougner mfl. 2018 s. 664, Fougner mfl. 2016 s. 409, Skjønberg mfl. 2017 s. 143, se Lenth (red.) mfl. 2017 s. 804 og Ingeborg Moen Borgerud, *Norsk lovkommentar*, kommentarer til arbeidsmiljøloven § 14-2, note 457

¹²⁹ *Ibid.*

¹³⁰ Se punkt 3.2.2

¹³¹ Lenth (red.) mfl. 2017 s. 804, Fougner mfl. 2018 s. 664-665, Skjønberg mfl. 2017 s. 143.

¹³² Johansen/Stueland (red.) 2015 s. 577

¹³³ *Ibid.*

oppfatning av hvor sterkt hensynet til arbeidstakers behov for vern av sin stilling, står opp mot arbeidsgivers behov for fleksibilitet i måten arbeidskraftsbehov kan dekkes på. Johansen og Stueland sin vilje til å betrakte indirekte ansettelsesforhold som en «ny ansettelse» etter aml. § 14-2,¹³⁴ må antas å være utslag av at forfatterne anser arbeidstakers behov for vern av sin stilling, som utslagsgivende. Motsetningsvis tillegges arbeidsgivers behov for fleksibilitet tyngst vekt hos Fougner og Skjønberg, hvor argumentasjonen bunner i en oppfatning av at adgangen til å ansette midlertidig og til å leie inn arbeidskraft tjener selvstendige formål, og at regelsettene ikke kan likestilles med hverandre av den grunn at de har likhetstrekk.

Forfatterne er imidlertid ikke uenige på alle punkter. Det er bred enighet om at dersom innleie skjer for å omgå reglene om fortrinnsrett, *bør* løsningen være at fortrinnsrettsreglene utløses.¹³⁵ Det er eksempelvis uttalt at:

*“Der det kan slås fast at innleie skjer for å omgå reglene om fortrinnsrett, bør løsningen være at fortrinnsretten utløses. I andre tilfeller må løsningen anses som usikker.”*¹³⁶

Forfatterne bruker gjennomgående ordet «*bør*», noe som indikerer at det etter gjeldende rett ikke foreligger noen etablert gjennomskjæringsregel for slike omgåelsestilfeller *enda*. Det er et ordvalg som samsvarer med mangelen på domstolsprejudikater om spørsmålet.

Claude A. Lenth og hans medforfattere kan tolkes som om de mener at fortrinnsrett ikke nødvendigvis *bør* utløses i enhver situasjon der arbeidsgiver har handlet med hensikt om å omgå fortrinnsrettsreglene.¹³⁷ Forfatterne ser til spørsmålet om fortrinnsrett utløses dersom arbeidsgiver under ansettelsesprosess unnlater å ansette noen *fordi* en eller flere tidligere ansatte ønsker å benytte fortrinnsretten.¹³⁸ I den forbindelse uttales det at løsningen er «*tvilsom*», men at en «*rettsteknisk enkel løsning taler (...)* for at fortrinnsrett heller ikke i slike tilfeller utløses».¹³⁹ Forfatterne argumenterer dermed for at fortrinnsrett ikke utløses, til tross for at arbeidsgiver illojalt har omgått fortrinnsrettsreglene. Jeg synes imidlertid det er betenkelig å vektlegge hva som er «*rettsteknisk enkelt*» å praktisere der lovbestemmelsens hovedformål er å beskytte arbeidstakere mot omgåelser og å gi de et effektivt stillingsvern,

¹³⁴ *Ibid.*

¹³⁵ Fougner mfl. 2018 s. 664-665, Johansen/Stueland (red.) 2015 s. 577, Dege 2009 s. 725 og Skjønberg mfl. 2017 s. 143, Fougner mfl. 2016 s. 409

¹³⁶ Skjønberg mfl. 2017 s. 143

¹³⁷ Lenth (red.) mfl. 2017 s. 804

¹³⁸ *Ibid.*

¹³⁹ *Ibid.*

når en slik løsning er til arbeidstakerens *ugunst*.¹⁴⁰ Det er likevel en betydelig forskjell mellom det å unnlate å ansette noen (som i Lenth's eksempel), hvor arbeidskraftsbehovet består udekket, og det å dekke et arbeidskraftsbehov ved hjelp av innleie, hvor den oppsagte arbeidstakeren blir forbigått av noen andre som dekker arbeidskraftsbehovet. Den oppsagte arbeidstakerens behov for vern er mindre der arbeidsgiveren lar være å ansette noen enn der arbeidsgiveren leier inn arbeidskraft. Dette kan være forklaringen på hvorfor Lenth og hans medforfattere legger så mye vekt på hva som er «rettsteknisk enkelt» i sitt eksempel. For den videre drøftelsen er det ikke nødvendig å gå nærmere inn på dette spørsmålet. Det er tilstrekkelig å legge til grunn at det er *bred støtte* i juridisk teori om at fortrinnsrett *bør* utløses dersom arbeidsgiver leier inn arbeidskraft for å omgå fortrinnsretsreglene.

5.2.5 Reelle hensyn

Virkningen av at fortrinnsrett ikke utløses ved innleie, er økt risiko for at arbeidstakernes stillingsvern etter aml. § 14-2 uthules. Det er et viktig hensyn at lovens regler virker etter sin hensikt, som for fortrinnsretsregelens vedkommende er å gi arbeidstakere et effektivt stillingsvern.¹⁴¹ En virkningsbasert vurdering av hvilket innhold aml. § 14-2 bør tillegges for å best ivareta de formål regelen søker å oppnå, trekker dermed i retning av en utvidende tolkning av vilkåret «ny ansettelse».¹⁴²

Det at det oppstår et arbeidskraftsbehov i fortrinnsrettsperioden, kan i seg selv tilsi at arbeidsgivers nedbemanningsbehov i utgangspunktet ikke var reelt. Fortrinnsrett utløses nemlig kun for arbeidstakere som er sagt opp på grunn av «virksomhetens forhold», som typisk innebærer et slikt nedbemanningsbehov.¹⁴³ Også dette trekker i retning av en utvidende tolkning i favør av arbeidstaker.

Systembetraktninger trekker til en viss grad også i retning av en utvidende tolkning av «ny ansettelse» i aml. § 14-2. Fortrinnsrett utløses dersom arbeidsgiver skal ansette midlertidig.¹⁴⁴ Likhetstrekkene i regelverket gjør at det må antas at oppsagte arbeidstakere har minst like stort behov for vern av sin stilling ved innleie som ved midlertidige ansettelser, om ikke et enda større behov for beskyttelse ettersom arbeidsgivers adgang til å leie inn arbeidskraft etter

¹⁴⁰ Ot.prp. nr. 49 (2004–2005) s. 222

¹⁴¹ Se punkt 5.2.1

¹⁴² Jens Edvin A. Skoghøy, «Reelle hensyn som rettskilde», *Lov og rett*, vol. 52 nr. 4, 2013, s. 257-319 (s. 257)

¹⁴³ Se punkt 3.2.1

¹⁴⁴ Se punkt 3.2.2, se også for eksempel Johansen/Stueland (red.) 2015 s. 577 og Lenth (red.) mfl. 2017 s. 804 og Skjønberg mfl. 2017 s. 143

aml. §§ 14-12 og 14-13, er bredere enn adgangen til å ansette midlertidig etter aml. § 14-9 andre ledd.¹⁴⁵ At en midlertidig ansettelse anses som en nyansettelse får likevel ikke noen avgjørende betydning for spørsmålet om innleie utløser fortrinnsrett, da det også er sentrale forskjeller i regelverket.¹⁴⁶ Dessuten bygger innleie på en annen kontraktsmessig ordning enn midlertidige ansettelser, noe som begrenser vekten av disse systembetraktningene ytterligere.¹⁴⁷

I motsatt retning trekker hensynet til arbeidsgivers mulighet til å drifte virksomheten effektivt. Dersom aml. § 14-2 tolkes slik at fortrinnsrett utløses ved innleie, må arbeidsgiver informere de oppsagte arbeidstakere om sitt midlertidige arbeidskraftsbehov, samt vurdere om arbeidstakerne er fortrinnsberettigede til å dekke arbeidskraftsbehovet.¹⁴⁸ Ikke bare vil dette kreve tid og potensielt store ressurser fra arbeidsgiver, men det kan også virke hemmende på virksomhetens mulighet til å tilpasse seg endringer i markedet. En ineffektiv drift kan medføre færre arbeidsplasser i det lange løp, noe som er uheldig også for arbeidstakerne.

Den belastningen arbeidsgiver pålegges ved å måtte informere de oppsagte arbeidstakere om sitt arbeidskraftsbehov og vurdere hvorvidt arbeidstakerne er fortrinnsberettiget, vil imidlertid neppe være så stor at det er uforholdsmessighet mellom mål og middel. Det primære målet med fortrinnsrettsregelen er å sikre arbeidstaker et effektivt stillingsvern. Middelet vil være at arbeidsgiver må la en oppsagt arbeidstaker dekke et midlertidig arbeidskraftsbehov, noe som klart vil være mindre belastende for arbeidsgiver enn dersom virkningen var at arbeidstakeren måtte ansettes på en fast og tidsubegrenset arbeidskontrakt. Vurderinger av hvilket tolkningsalternativ som gir den beste materielle innhold, trekker dermed i retning av en utvidende tolkning av ordlyden «ny ansettelse» i aml. § 14-2.

En utvidende tolkning av vilkåret «ny ansettelse» til også å omfatte innleietilfeller, innebærer at ordlyden strekkes svært langt, noe som er betenkelig ut fra forutberegnelighetshensyn. For det første kan en slik utvidende tolkning redusere den tiltro folk flest har til lovtekstens formuleringer. Det betenkkelige ved dette dempes imidlertid noe av at den utvidende tolkningen er i favør av arbeidstaker, som er den arbeidsmiljøloven primært søker å beskytte. For det andre kan det å strekke ordlyden så langt svekke arbeidsgivers forutberegnelighet, noe som kan føre til at arbeidsgivere begynner å handle proaktivt av frykt for å bryte loven, i større grad enn hva som var lovgivers intensjon. Dette kan få konsekvenser for den

¹⁴⁵ Se punkt 4.3.2

¹⁴⁶ *Ibid.* og punkt 4.4

¹⁴⁷ Se punkt 5.2.4

¹⁴⁸ Jf. aml. §§ 14-1 og 14-2

verdiskapningen i samfunnet som skapes av at virksomheter driftes effektivt. Hensynet til en forutberegnelig rettstilstand og en retts teknisk enkel lov å etterleve, taler dermed imot en utvidende tolkning av vilkåret «ny ansettelse» i aml. § 14-2.

Gjennomgangen viser at det er en rekke sentrale hensyn som trekker i begge retninger; hensynet til å realisere formålet med fortrinnsrettsregelen og visse systembetraktninger trekker i retning av en utvidende tolkning, mens hensynet til forutberegnelighet og konsekvensbetraktninger tilsier at en utvidende tolkning blir å ramme arbeidsgiverens fleksibilitet for hardt.

5.2.6 Utenlandsk rett

Spørsmålet om det innebærer en krenkelse av fortrinnsretten at arbeidsgiveren tilgodeser et midlertidig arbeidskraftsbehov gjennom innleie av arbeidskraft, har kommet på spissen flere ganger for den svenske Arbetsdomstolen (AD).¹⁴⁹ Jeg kan ikke se at spørsmålet har kommet på spissen i samme grad for domstolen i Finland, og det vil følgelig kun fokuseres på svensk rett som tolkningsfaktor i det følgende.

Av den svenske anställningsskyddslagen 25 § første ledd fremgår følgende:

«Arbetstagare som har sagts upp på grund av arbetsbrist har företrädesrätt till återanställning i den verksamhet där de tidigare har varit sysselsatta (...).»

De svenske lovforarbeidene presiserer at retten til «återanställning» i prinsippet gjelder for enhver ansettelse i virksomheten, såfremt vedkommende er kvalifisert for stillingen.¹⁵⁰

Lovforarbeidene gir ingen veiledning om innleie av arbeidskraft anses som en «anställning» eller ikke.

Første gang Arbetsdomstolen tok stilling til spørsmålet om bruk av innleie krenket oppsagte arbeidstakeres fortrinnsrett, var i AD 1980 nr. 54, hvor Arbetsdomstolen uttalte at:

«[d]et inte torde ha varit lagstiftarens mening att företrädesrättsreglerna tolkningsvis skall ges tillämping utänfor nyänställningssituasjon i syfte att garantera företradesberättigad arbetstagare sysselsättning hos arbetsgivaren när detta i och för sig skulle vara möjligt.»¹⁵¹

¹⁴⁹ AD 1980 nr. 54, AD 1986 nr. 50, AD 1986 nr. 144, AD 1996 nr. 56, AD 2003 nr. 4 og AD 2007 nr. 72

¹⁵⁰ Prop 1973: 129 s. 265

¹⁵¹ Sitat av uttalelser gitt i AD 1980 nr. 54, hentet fra AD 2007 nr. 72

Arbetsdomstolen gir i denne uttalelsen klart uttrykk for at fortrinnsretsreglene ikke skal strekkes slik at enhver måte å dekke et arbeidskraftsbehov på, omfattes. Sett i lys av det konkrete tolkningsspørsmålet i saken, synes Arbetsdomstolen med denne uttalelsen å forutsette at innleie av arbeidskraft er noe annet enn en «anställning» av arbeidskraft. Arbetsdomstolen avstår dessuten fra å vurdere om det er rom for å strekke på ordlyden «anställning» til også å omfatte arbeidsinnleie, noe som gir et sterkt signal om at innleie er noe annet enn- og skal holdes adskilt fra ansettelse. Uttalelsen har blitt fulgt opp i senere rettspraksis fra Arbetsdomstolen.¹⁵² Ifølge svensk rett fremstår det dermed som klart at det ikke rom for å tolke «återanställning» i antällningsskyddslagen 25 §, utvidende til også å omfatte innleie av arbeidskraft fra andre virksomheter.

Likevel har den svenske Arbetsdomstolen flere ganger uttalt at det vil være både «stötande och från rättslig synpunkt uriktig» å la «kringgående av företradesrätten» passere, men at man ikke generelt sett kan betrakte innleie som en omgåelse av fortrinnsretsreglene.¹⁵³ Om det foreligger en «kringgående av företradesrätten» beror på om arbeidsgivers bruk av innleie «med hänsyn till omständigheterna i det särskilda fallet fremstår som otillbörligt».¹⁵⁴ Følgelig er det etter svensk rett rom for å foreta en slags gjennomskjæring av fortrinnsrettsregelen ved innleie av arbeidskraft, men bare der det etter en konkret vurdering er klart at arbeidsgiver misbruker regelverket i form av omgøelser.¹⁵⁵

5.2.7 Oppsummering og konklusjon

Overfor har vi sett til hvilke tolkningsbidrag ulike rettskilder gir til spørsmålet om «ny ansettelse» i aml. § 14-2 kan tolkes utvidende til å omfatte innleie av arbeidskraft. Det er spørsmål om å strekke ordlyden ganske langt, da det ikke eksisterer noe direkte ansettelsesforhold mellom den innleide arbeidstaker og innleievirksomheten.

Lagmannsrettens avgjørelse i RG 1997 s. 906 (Gulating) kan ikke tillegges særlig vekt som tolkningsfaktor, da den ikke tar endelig stilling til spørsmålet. Stavanger tingretts avgjørelse fra 27. mars 2019 er ikke rettskraftig, og har derfor ingen rettskildemessig vekt i seg selv. Likevel tjener tingrettens *argumentasjon* som inspirasjon, av mangel på andre rettsavgjørelser om spørsmålet. Uenigheten i juridisk teori gjør det vanskelig å trekke ut et klart tolkningsbidrag i favør av enten en bokstavelig eller en utvidende tolkning av ordlyden «ny

¹⁵² AD 1986 nr. 50, AD 1986 nr. 144, AD 1996 nr. 56, AD 2003 nr. 4 og AD 2007 nr. 72

¹⁵³ Eksempelvis AD 1980 nr. 54 og AD 2007 nr. 72

¹⁵⁴ AD 2007 nr. 72

¹⁵⁵ AD 1986 nr. 50, AD 1986 nr. 144, AD 1996 nr. 56, AD 2003 nr. 4 og AD 2007 nr. 72

ansettelse». Selv om lovens formålsbetraktninger trekker klart i retning av en utvidende tolkning av ordlyden, er det flere betenkeligheter knyttet til et slikt tolkningsresultat med tanke på den forutberegnelighet lovteksten er ment å gi, og de konsekvenser dette medfører for arbeidsgivers fleksibilitet. Sees dette i lys av at den svenske rettstilstanden er klar på at innleie ikke kan betraktes som en nyansettelse, fremstår det å være mest tungtveiende grunner som tilsier at «ny ansettelse» i aml. § 14-2 ikke på generelt grunnlag kan tolkes utvidende til også å omfatte innleie av arbeidskraft.

Til tross for at innleie ikke *generelt* kan sies å falle inn under vilkåret «ny ansettelse» i aml. § 14-2, tilsier rettskildene samlet sett at det kan oppstilles en gjennomskjæringsregel også i norsk rett dersom arbeidsgiver leier inn arbeidskraft med den hensikt å omgå fortrinnsrettsreglene. Denne adgangen kan vanskelig betraktes som et resultat av en utvidende tolkning av *vilkåret* «ny ansettelse» i aml. § 14-2, da det blir å strekke ordlyden for langt. Gjennomskjæringsregelen må likevel anses å bygge på en form for utvidende tolkning av fortrinnsrettsregelen som sådan. Foruten den ankede avgjørelsen fra Stavanger tingrett,¹⁵⁶ er det riktignok ingen eksempler på at domstolene faktisk har foretatt en slik gjennomskjæring. Likevel er det støtte i både lovforarbeider, formålsbetraktninger, juridisk teori og svensk rett for at domstolene har adgang til å skjære gjennom regelverket der arbeidsgiver handler for å omgå stillingsvernsreglene. I punkt 5.3 vil det sees nærmere til hva som skal til for at det foreligger en slik omgåelse som berettiger at domstolene skjærer gjennom regelverket.

5.3 Nærmere om gjennomskjæring ved omgåelse

5.3.1 Generelt om omgåelsestilfeller

Det er flere eksempler på at domstolene tillegger hensynet til at arbeidsmiljølovens regler ikke skal kunne omgås, tung vekt.¹⁵⁷ Eksempelvis tilsidesettes vikaravtaler¹⁵⁸ som er inngått med hensikt om å omgå lovens bestemmelser.¹⁵⁹ Strategisk lufting av midlertidige arbeidstakere for å forhindre at fireårsregelen i aml. § 14-9 syvende ledd realiseres, vil slås ned på.¹⁶⁰ Videre er den ulovfestede grunnbemanningslæren en reaksjon fra domstolene på at arbeidstakers stillingsvern omgås.¹⁶¹ Ytterligere eksempel er at det gjennom praksis fra

¹⁵⁶ Stavanger tingrett, dom avsagt 27. mars 2019

¹⁵⁷ Kine Moland, «Virksomhetsoverdragelse», *Arbeidsrett*, vol. 6 nr. 2 2009 s. 55-97 (s. 86)

¹⁵⁸ Jf. aml. § 14-9 andre ledd bokstav b

¹⁵⁹ Ot.prp. nr. 41 (1975-1976) s. 71

¹⁶⁰ Se punkt 4.3.2

¹⁶¹ Se punkt 4.3.1

Arbeidsretten, en særdomstolen som avgjør arbeidsrettslige tvister, er utviklet en gjennomskjæringsregel for pro forma virksomhetsoverdragelser.¹⁶² Videre har læren om indirekte forskjellsbehandling vokst fram for å sikre et mest mulig effektivt vern, og for å hindre omgåelser av diskrimineringsforbudene i arbeidsmiljølovens kapittel 13.¹⁶³

Betydningen av omgåelse innenfor rettsområdet arbeidsrett, må sees i sammenheng med arbeidsmiljølovens overordnede formål om å sikre «trygge ansettelsesforhold», jf. aml. § 1-1. For å realisere dette formålet står hovedregelen om faste ansettelsesforhold og reglene om stillingsvern sterkt i nordisk rett.¹⁶⁴ Unntakene om arbeidsgivers adgang å ansette midlertidig og til å leie inn arbeidskraft er snevre, og praktiseres strengt av domstolene for å unngå omgåelser.¹⁶⁵ For at formålet med reglene skal realiseres og for at regelverket skal virke etter sin hensikt, tilsier også effektivitetshensyn at omgåelser av regelverket må tillegges sentral vekt ved vurderingen av om det foreligger brudd på arbeidsmiljøloven.¹⁶⁶

Samtidig som domstolen slår hardt ned på de tilfeller der arbeidsgiver omgår stillingsvernsreglene, anerkjenner domstolen at arbeidsgiver kan ha et særskilt og legitimt behov for fleksibilitet og midlertidighet i ansettelsesforholdet. Illustrerende er Rt. 1985 s. 1141, hvor et psykiatrisk sykehus hadde utlyst flere ledige stillinger som ergoterapeuter, uten at det meldte seg kvalifiserte søkere. At sykehuset over flere år ansatte aktivtører i midlertidige stillinger, ble akseptert av Høyesterett fordi var nødvendig ut fra søkerens manglende kvalifikasjoner. Høyesterettsavgjørelsen illustrerer at det er helt avgjørende å klarlegge motivet bak arbeidsgivers handling. Ikke enhver handling som utad fremstår som en omgåelse av stillingsvernsreglene slås ned på; det er kun *illojale omgåelser*, tilfeller der arbeidsgiver har hatt til hensikt å omgå stillingsvernsreglene, domstolen slår ned på.

5.3.2 Når foreligger det illojal omgåelseshensikt?

For å påvise illojal omgåelseshensikt, må arbeidsgivers motiv bak beslutningen om å leie inn arbeidskraft klarlegges, noe som beror på en bred helhetlig vurdering.¹⁶⁷ Det vil nå først sees til hvor terskelen skal legges for hva som anses å være en illojal omgåelse av

¹⁶² NOU 2004: 5 s. 392

¹⁶³ *Ibid.* s. 284

¹⁶⁴ Jan Fougner, «Avslutning av arbeidsforholdet – vilkåret om saklig grunn», *Arbeidsrett*, vol 12 nr. 1 2015 s. 147-157 (s. 148)

¹⁶⁵ Se forutsetningsvis Jan Fougner, *Endring i arbeidsforholdet – styringsrett og arbeidsplikt*, 2. utgave, Oslo 2016 s. 130-131, og Dege 1995 s. 209

¹⁶⁶ Moland, *Arbeidsrett*, vol 6 nr. 2 2009 s. 65

¹⁶⁷ Se også Stavanger tingrett, dom avsagt 27. mars 2019, s. 10

stillingsvernsreglene. Deretter vil det sees til hvilke momenter som inngår i helhetsvurderingen av arbeidsgivers motiv.

Det gjelder ifølge rettspraksis et strengt krav til lojalitet når arbeidsgiver skal foreta en nyansettelse i en fortrinnsrettsperiode.¹⁶⁸ Det er ingen grunn til at det skal stilles lempeligere krav til lojalitet, der arbeidsgiver i fortrinnsrettsperioden får et midlertidig arbeidskraftsbehov som skal dekkes ved innleie av arbeidskraft. I kraft av arbeidsgivers styringsrett er det likevel opp til arbeidsgiver hvordan virksomheten skal organiseres.¹⁶⁹ Hensynet til arbeidsgivers behov for fleksibilitet tilsier dermed at det skal en del til før organiseringen av virksomheten anses som en illojal omgåelse av fortrinnsrettsregelen. På denne bakgrunn er det i rettspraksis understreket at såfremt arbeidsgivers avgjørelser bygger på «et forsvarlig grunnlag», og verken er «vilkårlig eller basert på utenforliggende hensyn», kan ikke arbeidsgivers beslutning anses som illojal.¹⁷⁰

I helhetsvurderingen som må tas av om en beslutning om å leie inn arbeidskraft bygger på illojal omgåelseshensikt, vil særlig innleiens varighet være et sentralt moment; desto lenger innleien er ment å vare, desto mer tvilsom blir den.¹⁷¹ Det er imidlertid ikke mulig å oppstille bestemte tidsperioder for vurderingen.¹⁷²

Mer tvilsomt er det om hensiktsvurderingen utelukkende må ta utgangspunkt i opplysninger arbeidsgiver hadde på tidspunktet for beslutningen om å leie inn arbeidskraft, eller om opplysninger som kommer til underveis i prosessen også kan tas i betraktning. Stavanger tingrett delte seg i et flertall og et mindretall angående betydningen av dette momentet, i avgjørelsen av 27. mars 2019.¹⁷³ Angående dommens faktum vises det til tidligere gjennomgang. Flertallet la avgjørende vekt på at det på tidspunktet for beslutningen om å leie inn arbeidskraft var «kortvarige kontrakter og et usikkert bemanningsbehov».¹⁷⁴ At det senere utviklet seg til å bli en mer kontinuerlig kontrakt, og at de innleide arbeidstakerne ble sysselsatt fullt ut i ti måneder var ikke kunnskap arbeidsgiveren hadde hatt underveis i prosessen, og kunne derfor ikke vektlegges.¹⁷⁵ Mindretallet vektla motsetningsvis at arbeidskraftsbehovet på tidspunktet for hovedforhandlingen hadde vist seg å være av mer

¹⁶⁸ Se eksempelvis både flertallet og mindretallet i RG 2004 s. 776 (Frostating)

¹⁶⁹ Se punkt 2.1.1

¹⁷⁰ Rt. 2001 s. 418 på s. 427

¹⁷¹ Ertzaas mfl. 2004 s. 44, se også både flertallet og mindretallet i Stavanger tingretts dom av 27. mars 2019

¹⁷² *Ibid.*

¹⁷³ Stavanger tingrett, dom avsagt 27. mars 2019, s. 14-15

¹⁷⁴ *Ibid.*

¹⁷⁵ *Ibid.*

permanent karakter, og fant derfor at bruken av innleid personell var gjort med illojal omgåelseshensikt.¹⁷⁶

I likhet med mindretallets syn argumenter Jan Tormod Dege for at senere inntrådte forhold kan være av betydning for spørsmålet om det foreligger illojal omgåelseshensikt.¹⁷⁷ Dersom en virksomhet leier inn arbeidskraft under påskudd av et midlertidig arbeidskraftsbehov, og det først etter fortrinnsrettsperiodens utløp blir klart at arbeidsgiver har leid inn arbeidskraft for å omgå fortrinnsrettsreglene, mener Dege at den fortrinnsberettigede likevel skal kunne gjøre gjeldende sin fortrinnsrett.¹⁷⁸ Dette innebærer i realiteten at arbeidstakerens fortrinnsrettsperiode utvides som følge av en endret bevissituasjon. En slik utvidelse har gode grunner for seg sett i lys av fortrinnsrettsregelens formål om å gi arbeidstakerne et effektivt stillingsvern og beskytte de mot omgåelser fra arbeidsgiverens side. Likevel kan arbeidskraftsbehovet endre seg mye i løpet av fortrinnsrettsperioden på 12 måneder.¹⁷⁹ Det vil ramme arbeidsgiver hardt dersom det som startet med et reelt midlertidig arbeidskraftsbehov, men som senere viser seg å være et kontinuerlig arbeidskraftsbehov, krenker fortrinnsretten. Ifølge Dege er det riktignok bare aktuelt å utvide fortrinnsrettsperioden der senere inntrådte forhold *beviser* at arbeidsgiveren har hatt illojal omgåelseshensikt bak sin beslutning. Følgelig er det arbeidsgivers *illojalitet* som medfører at arbeidsgivers styringsrett i slike tilfeller begrenses utover den lovfastsatte fortrinnsrettsperioden.

I forlengelsen av betraktninger om illojalitet, kan det tenkes at relevansen av opplysninger som kommer til etter at beslutningen om å leie inn arbeidskraft er truffet, vil variere med hva slags virksomhet det er tale om. For eksempel vil et oljeboringsselskap, som er en oppdragsbasert virksomhet, være organisert gjennom gjentatte oljeboringsoppdrag. Selv om det på innleietidspunktet kun var ett oljeboringsoppdrag som skulle ferdigstilles, må arbeidsgiver forvente at det blir behov for tilsvarende arbeidskraft fremover, da det er den samme kompetanse som blir etterspurt i hvert oppdrag.¹⁸⁰ Å vektlegge at det på et senere tidspunkt har kommet til flere oljeboringsoppdrag fremstår som mindre problematisk i en slik situasjon, enn dersom det tale om å leie inn arbeidstakere fordi det kreves spesialkunnskap som virksomheten normalt ikke etterspør.¹⁸¹

¹⁷⁶ *Ibid.*

¹⁷⁷ Dege 1995 s. 428

¹⁷⁸ *Ibid.*

¹⁷⁹ Aml. § 14-2 tredje ledd

¹⁸⁰ NOU 2004: 5 s. 299

¹⁸¹ *Ibid.*

Etter svensk rett kreves det at arbeidsgivers handling ut fra omstendigheten i den enkelte sak fremstår som «otillbørlig».¹⁸² Ved vurderingen av hva som anses som en utilbørlig omgåelse, som tilsvarer illojal omgåelse i norsk rett, ble det i AD 2003 nr. 4 blant annet vektlagt om arbeidskraftsbehovet var permanent og kjent allerede på oppsigelsestidspunktet.¹⁸³ Ved vurderingen av om arbeidskraftsbehovet var permanent, benyttet Arbetsdomstolen en slags elimineringsmetode. Arbetsdomstolen fant at selskapets arbeidsbehov kunne ha vært oppfylt på én av tre måter; fast ansettelse av fortrinnsberettiget personell, innleie av arbeidskraft eller midlertidig ansettelse av fortrinnsberettiget personell. I den konkrete saken var fast ansettelse av fortrinnsberettiget personell ikke et økonomisk forsvarlig alternativ og midlertidig ansettelse kunne ikke komme i stand fordi arbeidstakerforeningen motsatte seg en slik løsning. Derfor fant Arbetsdomstolen at det ikke forelå et permanent arbeidskraftsbehov som kunne ha vært dekket ved fast ansettelse.¹⁸⁴ Da de norske fortrinnsrettsreglene i stor grad er basert på tilsvarende regler i svensk rett, og stillingsvernet i Norge og Sverige står omtrent like sterkt, er det gode grunner for å bruke tilsvarende elimineringsmetode også i norsk rett.

Ytterligere moment Arbetsdomstolen vektla ved vurderingen av om det forelå en «otillbørlig» omgåelse i AD 2003 nr. 4, var om virksomheten samarbeidet med bemanningsforetaket om hvem som skulle leies inn, med tanke på at den innleide potensielt kunne overtas på mer permanent basis senere.¹⁸⁵ Dersom innleien bærer preg av å være en «prøveansettelse» av den innleide med henblikk på fast ansettelse, må det inngå som et relevant moment av om det foreligger illojal omgåelseshensikt også i norsk rett.¹⁸⁶

5.3.3 Oppsummering

Gjennomgangen over er ment å gi et perspektiv på hvordan omgåelsesproblemer håndteres generelt innenfor arbeidsrettens område, for å vise hvordan domstolen vil slå ned på tilfeller der innleie benyttes for å omgå fortrinnsrettsregelen i aml. § 14-2.

Ved vurderingen av om arbeidsgiver har illojal omgåelseshensikt, må det foretas en konkret vurdering av arbeidsgivers motiv bak innleien. Sentrale momenter i vurderingen er innleiens varighet, hvor permanent arbeidskraftsbehovet fremstod å være i oppsigelsestiden og om innleien fremstod som en prøveansettelse. Også senere inntrådte forhold kan etter

¹⁸²Se eksempelvis AD 2007 nr. 72

¹⁸³ AD 2003 nr. 4

¹⁸⁴ *Ibid.*

¹⁸⁵ *Ibid.*

¹⁸⁶ Se også Dege 2009 s. 725

omstendighetene være relevant å ta i betraktning. Dissensen ved Stavanger tingretts avgjørelse av 27. mars 2019 og fraværet av vektlegging av dette momentet i svensk rett, indikerer likevel at dette momentet må anvendes med varsomhet.

6 Bør fortrinnsrett utløses ved innleie?

6.1 Bør fortrinnsrett utløses i omgåelsestilfeller?

Det stilles som nevnt et strengt krav til lojalitet der arbeidsgiver i en fortrinnsrettsperiode skal foreta en nyansettelse.¹⁸⁷ Dette er utslag av det alminnelige, ulovfestede lojalitetskravet i kontraktsretten, om at partene i et kontraktsforhold skal opptre lojalt overfor hverandre og ikke i urimelig grad undergrave den andre parts interesser. Dersom arbeidsgiver baserer sin beslutning om å leie inn arbeidskraft på et ønske om å unngå en fortrinnsberettiget søker, er dette et klart brudd på arbeidsgiverens lojalitetsplikt. At en slik illojal handling medfører at fortrinnsrett utløses, fremstår som en rimelig konsekvens.

Likevel kan det argumenteres med at en gjennomskjæringsadgang der arbeidsgiver har illojal omgåelsehensikt bak sin beslutning om å leie inn arbeidskraft, er vanskelig å praktisere. Å påvise hva arbeidsgiverens motiv har vært, er utfordrende bevismessig. Vurderingen søker å klarlegge arbeidsgiverens subjektive oppfatninger om en situasjon, samtidig som vurderingen må basere seg på ytre faktorer. Det må antas at vurderingen må ta utgangspunkt i et retrospektivt perspektiv, hvor man ser til hvordan det er naturlig å tro at en arbeidsgiver i tilsvarende situasjon ville ha tenkt. En slik fremgangsmåte kan for det første medføre feil resultat ved at man enten over- eller undervurderer den konkrete arbeidsgiverens evne til å ta i betraktning potensielle utviklinger i bransjen og markedet, eller arbeidsgivers vilje til å ta risikoer ved å satse på å utvide arbeidsstokken. En annen grunn til at gjennomskjæringsregelen er vanskelig å praktisere er at det er begrenset veiledning i autoritative og ikke-autoritative rettskilder om hvilke vurderingsmomenter det er aktuelt å ta i betraktning når arbeidsgivers motiv skal klarlegges, samt hvilken vekt momentene kan tillegges.

Til tross for at det er vanskelig å praktisere en regel hvor fortrinnsrett utløses i innleietilfellene dersom illojal omgåelsehensikt påvises, fremstår løsningen som god. Arbeidstaker har et særskilt behov for beskyttelse ved slike illojale omgørelser, og hensynet til arbeidsgivers fleksibilitet fremstår som mindre tungtveiende når arbeidsgiver opptrår illojalt. Fortrinnsrett bør derfor utløses i omgåelsestilfeller. Likevel bør lovgiver komme på banen og

¹⁸⁷ Se eksempelvis både flertallet og mindretallet i RG 2004 s. 776 (Frostatting)

gi klarere retningslinjer på når det er adgang til å gjøre slik gjennomskjæring og hva som skal til for å påvise illojal omgåelseshensikt.

6.2 Bør fortrinnsrett utløses også utenfor omgåelsestilfellene?

Spørsmålet om fortrinnsrett også bør utløses utenfor de tilfellene hvor innleie benyttes for å omgå fortrinnsrettsreglene, er langt mer tvilsomt. Spørsmålet er ikke behandlet i norsk rettspraksis. I juridisk teori er det lagt til grunn at «løsningen anses som usikker» utenfor omgåelsestilfellene, men problemstillingen er ikke drøftet inngående.¹⁸⁸

Det kan argumenteres med at de bevismessige utfordringene med å påvise illojal omgåelseshensikt, i seg selv tilsier at fortrinnsrett bør utløses også utenfor omgåelsestilfellene. Ikke bare er det vanskelig å bevise hva som var arbeidsgivers motiv bak beslutningen om å leie inn arbeidskraft, men arbeidsgiver kan også ha hatt mer enn én hensikt bak sin beslutning om å leie inn arbeidskraft. For eksempel kan arbeidsgiver delvis ha hatt en oppfatning av at arbeidskraftsbehovet var av midlertidig art, og delvis hatt et ønske om å unngå en eller flere fortrinnsberettigede arbeidstakere. I slike situasjoner kan grensedragningen mellom når arbeidsgiver har hatt illojal omgåelseshensikt og når han ikke har hatt slik hensikt, by på store utfordringer. En sentral utfordring er at det må antas at arbeidsgiveren enkelt kan dekke over at han delvis har hatt illojal omgåelseshensikt bak sin beslutning om å leie inn arbeidskraft, ved å fremheve det øvrige motivet bak beslutningen. En annen utfordrende grensedragning er spørsmålet om illojal omgåelseshensikt må ha vært hovedformålet bak arbeidsgivers beslutning om å leie inn arbeidskraft, eller om det er tilstrekkelig at arbeidsgivers beslutning om å leie inn arbeidskraft mest sannsynlig har vært delvis motivert av ønsket om å unngå fortrinnsrettsreglene.

Videre trekker likhetstrekkene mellom midlertidige ansettelse og innleie i retning av at fortrinnsrett bør utløses også utenfor omgåelsestilfellene.¹⁸⁹ Til tross for at det er en rekke forskjeller mellom regelsettene, er det på det rene at det i stor grad er tilsvarende adgang til å ansette midlertidig og til å leie inn arbeidskraft.¹⁹⁰ Ta eksempelet som angitt over; dersom arbeidsgiver har et midlertidig arbeidskraftsbehov i form av å skulle utføre et bestemt oppdrag, og samtidig har et ønske om å unngå noen fortrinnsberettigede arbeidstakere, vil det

¹⁸⁸ Skjønberg mfl. 2017 s. 143

¹⁸⁹ Se punkt 4.3.1

¹⁹⁰ *Ibid.* og punkt 4.3.2

å velge innleie fremfor midlertidige ansettelser løse alle arbeidsgiverens problemer dersom fortrinnsrett ikke utløses ved innleie. Velger arbeidsgiveren imidlertid å foreta en midlertidig ansettelse i samme situasjon, vil tidligere arbeidstakere ha fortrinnsrett.¹⁹¹ For den oppsagte arbeidstakeren vil behovet for beskyttelse være det samme uavhengig av om arbeidsgiveren velger innleie eller midlertidig ansettelse, noe som sett i lys av at regelen er en stillingsvernsregel, tilsier at fortrinnsrett bør utløses også utenfor omgåelsestilfellene.

Fortrinnsrettsreglenes formål gir også en viss støtte for at fortrinnsrett bør utløses selv om omgåelsehensikt ikke kan påvises i den konkrete sak. Til tross for at formålet med bestemmelsen er å gi arbeidstakerne et effektivt vern mot at arbeidsgiveren omgår lovens oppsigelsesregler, gjelder regelen på generelt grunnlag i fortrinnsrettsperioden.¹⁹² Stillingsvernet gjelder dermed mot *potensielle* omgåelsesfarer, uavhengig av om omgåelsehensikt kan påvises eller ikke.

Arbeidstakerens behov for vern av sin stilling, må imidlertid veies opp mot arbeidsgiverens behov for fleksibilitet. Dersom fortrinnsrett utløses på generelt grunnlag, uavhengig av om illojal omgåelsehensikt kan påvises eller ikke, vil dette medføre store ulemper for arbeidsgiver. Problemet for arbeidsgiver kan illustreres med et eksempel; Et reklamebyrå får plutselig en henvendelse om å påta seg et hasteoppdrag om å designe en logo, med beskjed om dersom logoen leveres i løpet av tre dager, vil det være aktuelt å inngå en avtale om at klienten blir reklamebyråets faste kunde de neste ti årene. I et slikt tilfelle er det åpenbart at reklamebyrået ikke vil ha noen illojal omgåelsehensikt bak en beslutning om å leie inn tegnere fra andre virksomheter, da det vil være nødvendig for at logoen skal kunne leveres innen tre dager. At arbeidsgiveren har fleksibilitet til å kunne leie inn arbeidskraft i en slik plutselig og hastende situasjon, vil ikke bare gagne virksomheten som sådan, men vil også kunne skape flere arbeidsplasser i fremtiden ved at virksomheten har sikret seg en langvarig oppdragsavtale. Dersom fortrinnsrett motsetningsvis utløses i et slikt tilfelle, vil reklamebyrået åpenbart ikke ha mulighet til å påta seg oppdraget, da det vil føre til at alle de tidligere arbeidstakerne må informeres om det midlertidige arbeidskraftsbehovet i tråd med aml. § 14-1, og må få tid til å områ seg og til å gjøre sin fortrinnsrett gjeldende. Det å ivareta arbeidsgivers behov for fleksibilitet i slike tilfeller vil derfor ikke bare være viktig for arbeidsgivers evne til å drifte virksomheten effektivt og til å tilpasse seg markedet, men også

¹⁹¹ Johansen/Stueland (red.) 2015 s. 577 og Lenth (red.) mfl. 2017 s. 804

¹⁹² Se punkt 3.1.1

for å sikre den verdiskapingen i samfunnet som virksomheter bidrar til ved å skape arbeidsplasser.

I tillegg kan det pekes på at den svenske fortrinnsrettsregelen har tjent som inspirasjon for det norske regelverket, og at det heller ikke i svensk rett anses som hensiktsmessig å la innleie utløse fortrinnsrett på generelt grunnlag. Arbeidsdomstolen har eksplisitt fremhevet at det ikke eksisterer noe generelt forbud mot å leie inn arbeidskraft i fortrinnsrettsperioden.¹⁹³

Til tross for at det kan argumenteres med at arbeidstaker har et like stort behov for vern av sin stilling uavhengig av hvordan arbeidsgiver velger å dekke sitt kortvarige arbeidskraftsbehov, og at bevismessige utfordringer tilsier at fortrinnsrett bør utløses på generelt grunnlag, vil en slik løsning ramme arbeidsgivers fleksibilitet *for* hardt. At arbeidsgiver har behov for fleksibilitet er ikke bare noe som gagnar ham selv, men gagnar også samfunnet som helhet ved at det skaper flere arbeidsplasser og gjør virksomhetene klare til å respondere effektivt på samfunnets stadige behov. Selv om arbeidstakers stillingsvern står sterkt, vil et for sterkt stillingsvern virke hemmende på verdiskapingen i samfunnet.

6.3 Konklusjon

På denne bakgrunn må det legges til grunn at fortrinnsrett bør utløses der det kan påvises at arbeidsgivers beslutning om å leie inn arbeidskraft bygger på illojal hensikt om å omgå fortrinnsrettsreglene. Utenfor omgåelsestilfellene bør fortrinnsrett imidlertid ikke utløses ved innleie av arbeidskraft.

¹⁹³ AD 2003 nr. 4 og AD 2007 nr. 72

Litteraturliste

Lover

Den gamle arbeidsmiljøloven	Lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidsvern og arbeidsmiljø (opphevet)
Arbeidsmarkedsloven	Lov 10. desember 2004 nr. 76 om arbeidsmarkedstjenester (arbeidsmarkedsloven)
Arbeidsmiljøloven/aml.	Lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven)
Endringslov 2012	Lov 22. juni 2012 nr. 33 om endringer i arbeidsmiljøloven og tjenestemannsloven m.v. (likebehandling ved utleie av arbeidstakere mv.)
Statsansatteloven	Lov 16. juni 2017 nr. 67 om statens ansatte mv. (statsansatteloven)

Forarbeider

NOU 2004: 5	Arbeidslivslovutvalget, Et arbeidsliv for trygghet, inkludering og vekst
Ot.prp. nr. 41 (1975–1976)	Om arbeidstid, oppsigelsesvern, arbeidstilsyn m.v. i lov om arbeidervern og arbeidsmiljø
Ot.prp. nr. 50 (1993–1994)	Om lov om endringer i lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v.
Ot.prp. nr. 70 (1998–1999)	Om lov om endringer i lov 4 februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v., i lov 4. mars 1983 nr. 3 om statens tjenestemenn m.m. og i lov 27. juni 1947 nr. 9 om tiltak til å fremme sysselsetting.
Ot.prp. nr. 49 (2004–2005)	Om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven)

Ot.prp. nr. 56 (2006–2007)	Om lov om endringer i arbeidsmiljøloven og allmenngjøringsloven (innleie, påseplikt for oppdragsgivere og innsynsrett for tillitsvalgte mv.)
Prop. 74 L (2011–2012)	Endringer i arbeidsmiljøloven og tjenestemannsloven mv. (likebehandling ved utleie av arbeidstakere og tiltak i den forbindelse mv)
Prop. 39 L (2014–2015)	Endringer i arbeidsmiljøloven og sosialtjenesteloven (adgang til midlertidig ansettelse mv. og vilkår om aktivitet for stønad til livsopphold)
Prop. 73 L (2017–2018)	Endringer i arbeidsmiljøloven (fast og midlertidig ansettelse og innleie fra bemanningsforetak)
Innst. 365 L (2011–2012)	Innstilling fra arbeids- og sosialkomiteen om endringer i arbeidsmiljøloven og tjenestemannsloven m.v.

Rettspraksis

Høyesterett

Rt. 1985 s. 1141

Rt. 1989 s. 1116 Statfjord-dommen

Rt. 2000 s. 1602 Nøkk-dommen

Rt. 2001 s. 418

Rt. 2003 s. 1754

Rt. 2006 s. 1158 Ambulansesaken

Rt. 2008 s. 856

Rt. 2009 s. 578 Sykehuset innlandet

Rt. 2013 s. 1730 YIT

Lagmannsrettene

RG 1997 s. 906 (Gulating)

RG 2004 s. 774 (Frostating)

Tingrettene

TOSLO-2007-99956 (Oslo tingrett)

Stavanger tingrett, dom avsagt 27. mars 2019, saksnr.: 18-106252TVI-STAV

Tariffavtaler

Hovedavtalen mellom LO og NAF av 1974, 2. utgave

Internasjonale kilder

Rådsdirektiv 1999/70/EF Om rammeavtalen om midlertidig ansettelse inngått mellom EFF, UNICE og CEEP

Rådsdirektiv 2008/104/EF Europarlaments- og rådsdirektiv 2008/104/EF av 19. november 2008 om vikararbeid (vikarbyrådirektivet)

ILO-rekommandasjon nr. 119, 1963

Utenlandske kilder

Sverige

Lover

Anställningsskyddslagen Lag (1982:80) om anställningsskydd (anställningsskyddslagen)

Forarbeider

Prop. 1973: 129 Kungl. Maj:ts proposition nr 129 år 1973 med förslag till lag om anställningsskydd m.m.; given Stockholms slott den 25 maj 1973

Rettspraksis

AD 1980 nr. 54

AD 1986 nr. 50

AD 1986 nr. 144

AD 1996 nr. 56

AD 2003 nr. 4

AD 2007 nr. 72

Finland

Lover

Arbetsavtalslag

Lag (2001/55) om arbetsavtal

Litteratur

Bøker

Benson 2014

Thomas Benson, *Arbeidsrettsboka*, 2. utgave (Bodø 2014)

Dege 1995

Dege, Jan Tormod, *Arbeidsgivers styringsrett, bind I, Ytre rammevilkår og arbeidsavtalen* (Oslo 1995)

Dege 2009

Dege, Jan Tormod, *Den individuelle arbeidsrett*, Del 1 (Oslo 2009)

Ertzaas mfl. 2004

Ertzaas, Ulf mfl., *Arbeidsrettslig håndbok privat sektor LO-NHO-området* (Kristiansand 2004)

Evju mfl. 1979

Evju, Stein og Henning Jakhelln mfl., *Arbeidsrettslige emner* (Oslo 1979)

- Fleischer 1998 Fleischer, Carl August, *Rettskilder og juridisk metode*, 4. utgave (Oslo 1998)
- Fougner 2016 Fougner, Jan, *Endring I arbeidsforhold. Styringsrett og arbeidsplikt*, 2. utgave (Oslo 2016)
- Fougner mfl. 2016 Fougner, Jan mfl. *Omstilling og nedbemanning*, 3. utgave (Oslo 2016)
- Fougner mfl. 2018 Fougner, Jan mfl., *Arbeidsmiljøloven. Kommentartutgave*, 3. utgave (Oslo 2018)
- Fougner 2019 Fougner, Jan, *Norsk arbeidsrett: Styringsrett, samarbeid og arbeidstakervern* (Oslo 2019)
- Johansen/Stueland 2015 Johansen, Atle Sønsteli og Einar Stueland (red.), *Arbeidsmiljøloven - Kommentarer og praksis*, 2. utgave (Oslo 2015)
- Knophs oversikt over Norges rett Lilleholt (red.), Kåre, *Knophs oversikt over Norges rett*, 14. utgave (Oslo 2014)
- Lenth (red.) mfl. 2017 Lenth, Claude A. (red.) mfl. *Arbeidsmiljøloven med kommentarer*, 4. utgave (Oslo 2017)
- Skarning 2013 Skarning, Nicolay, *Midlertidige ansettelses, innleie og vikarbyrådirektivet* (Oslo 2013)
- Skjønberg mfl. 2017 Skjønberg, Alexander Næss, Eirik Hognestad og Marianne Jenum Hotvedt, *Individuell arbeidsrett*, 2. utgave (Oslo 2017)

Artikler

- Evju, *Arbeidsnotater 2012:3* Evju, Stein, ««Trepartsrelasjoner» i arbeidsretten? Om trekant og trianguleringer i ulike konstellasjoner», *Arbeidsnotater 2012:3*
- Fougner, *Arbeidsrett*, vol. 6 nr. 2 2009 Fougner, Jan, «Læren om fast ansettelse ved varig behov», *Arbeidsrett*, vol. 6 nr. 2 2009 s. 98-104

- Fougner, *Arbeidsrett*, vol. 12 nr. 1 2015 Fougner, Jan, «Avslutning av arbeidsforholdet – vilkåret om saklig grunn», *Arbeidsrett*, vol 12 nr. 1 2015 s. 147-157
- Hotvedt, *Arbeidsrett*, vol. 12 nr. 2 2015 Hotvedt, Marianne Jenum, «Arbeidsgiverbegrepet. En analyse av grunnlaget for arbeidsgiverplikter», *Arbeidsrett*, vol. 12 nr. 2, 2015 s. 159-192
- Moland, *Arbeidsrett*, vol. 6 nr. 2 2009 Moland, Kine, «Virksomhetsoverdragelse», *Arbeidsrett*, vol. 6 nr. 2 2009 s. 55-97
- Skoghøy 2013 Skoghøy, Jens Edvin A., «Reelle hensyn som rettskilde», *Lov og rett*, vol. 52 nr. 4 2013 s. 257-319

Andre juridiske publikasjoner

- Borgerud, *Norsk lovkommentar* Borgerud, Ingeborg Moen, *Norsk lovkommentar*, kommentar til arbeidsmiljøloven § 14-2, note 457