

Fortrinnsrett ved nyansettelser etter masseoppsigelse  
*rettslige og rettspolitiske spørsmål*

Kandidatnummer: 200

Antall ord:

12281



JUS399 Masteroppgave  
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

Dato: 1. juni 2018

# Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse .....	1
<b>1 Innledning .....</b>	<b>4</b>
1.1 Tema og aktualitet .....	4
1.2 Grunnbegreper .....	5
1.2.1 Arbeidstaker .....	5
1.2.2 Arbeidsgiver .....	5
1.2.3 Virksomhet .....	6
1.3 Metode og rettskildebilde .....	7
1.4 Avgrensning .....	8
1.5 Videre fremstilling .....	9
<b>2 Fortrinnsrettens grunnleggende utgangspunkter .....</b>	<b>10</b>
2.1 Innledning .....	10
2.2 Rettslig grunnlag .....	10
2.3 Vilkår for fortrinnsrett .....	11
2.4 Legislativ begrunnelse .....	12
2.4.1 Arbeidervernlovgivningen – <i>den historiske utviklingen i korte trekk</i> .....	12
2.4.2 Formål og hensyn bak reglene .....	13
2.5 Kort om masseoppsigelser .....	15
<b>3 Kvalifikasjonskravet – vektleggingen av personlige egenskaper .....</b>	<b>16</b>
3.1 Innledning .....	16
3.2 Redegjørelse for kvalifikasjonskravet .....	16
3.2.1 Kriteriet om personlige egenskaper .....	17

3.3	Ivaretar vi lovens formål og arbeidstakernes vern når det er rettmessig å vektlegge personlige egenskaper ved gjeninnsettelse .....	18
3.3.1	Konklusjon .....	21
3.3.2	Kan det oppstilles yttergrenser ved vurderingen av arbeidstakeres personlige egenskaper .....	21
<b>4</b>	<b>Kvalifikasjonskravet - ansettelse av fremtidsrettet kompetanse .....</b>	<b>24</b>
4.1	Innledning.....	24
4.2	Fortrinnsretten må vurderes ut fra virksomhetens <i>reelle behov</i> .....	25
4.3	Ivaretar vi arbeidstakers vern når fortrinnsretten ikke vurderes ut fra arbeidsgiverens kompetansebehov på ansettelsestidspunktet .....	25
4.3.1	Konklusjon .....	30
<b>5</b>	<b>Drøftelsesplikten.....</b>	<b>31</b>
5.1	Innledning.....	31
5.2	Arbeidsgivers drøftelsesplikt ved nedbemanning .....	31
5.3	Fraværet av drøftelsesplikten ved gjeninntredelse .....	32
5.3.1	Innledning.....	32
5.4	Medfører manglende drøftelsesplikt en svekkelse av arbeidstakernes vern .....	33
5.4.1	<i>Konklusjon</i> .....	38
<b>6</b>	<b>Arbeidsgivers informasjonsplikt – rekkevidde og fremgangsmåte .....</b>	<b>39</b>
6.1	Innledning.....	39
6.2	Den lovfestede informasjonsplikten.....	40
6.2.1	Arbeidsmiljøloven § 14-1.....	40
6.2.2	Arbeidsmiljøloven § 14-2.....	41
6.3	Bør en skjerpet informasjonsplikt lovfestes til fordel for fortrinnsberettigede arbeidstakere?.....	41

6.3.1 Konklusjon ..... 46

**Litteraturliste..... 47**

# 1 Innledning

## 1.1 Tema og aktualitet

Denne masteroppgaven behandler arbeidstakeres krav på fortrinnsrett etter at det har blitt foretatt en masseoppsigelse i virksomheten. Reglene som regulerer tema er nedfelt i arbeidsmiljøloven.

Petroleumsnæringen har de siste årene på nært hold opplevd en sterk konjunkturedgang. Oljeproduksjonen har blitt kraftig redusert og dette har medført blant annet økte kostnader og at investeringer i olje- og gassnæringen har sunket drastisk. Som konsekvens av nedgangen har over 40.000 arbeidsplasser gått tapt på landsbasis. På verdensbasis har over 200.000 oljearbeidere mistet sitt arbeid.<sup>1</sup>

Når en virksomhet opplever nedgangskonjunkturer, vil det forårsake at produksjonen gjennom en periode faller. Normalt vil en nedgang bli avløst av en ny konjunkturoppgang.<sup>2</sup> Dette har blitt ansett for å være normalen også i petroleumsnæringen, men som vi ser har konsekvensene likevel gått hardt utover et titalls tusen arbeidstakere. Når en slik resesjon medfører at et høyt antall arbeidstakere blir sagt opp, vil disse arbeidstakerne bli vernet av arbeidsmiljølovens regler. Blant annet vil reglene om fortrinnsrett kunne påberopes dersom konjunkturedgangen avløses av en oppgang i perioden arbeidstakerne er fortrinnsberettiget.

Reglene om fortrinnsrett kan umiddelbart fremstå som oversiktlige. Bestemmelsen gir imidlertid anvisning på et skjønn som kan reise tvilsspørsmål når det er flere fortrinnsberettigede arbeidstakere. Dette kan være tilfellet ved nyansettelser etter at det har skjedd en masseoppsigelse i virksomheten. Hvordan kvalifikasjonsprinsippet skal anvendes, rekkevidden av arbeidsgivers opplysningsplikt, og hvordan utvelgelseskriteriene skal praktiseres, er noen av spørsmålene som reises i avhandlingen.

---

<sup>1</sup> Bjørnestad, 2017

<sup>2</sup> Stoltz, 2014.

Til tross for at det på nærværende tidspunkt er masseoppsigelser i petroleumsnæring som gir aktualitet til problemformuleringene, kan de samme spørsmålene likeledes bli aktuelle i andre virksomheter og bransjer. Behandlingen av problemstillingen vil derfor i størst grad foregå på generelt grunnlag.

## 1.2 Grunnbegreper

### 1.2.1 Arbeidstaker

Bestemmelsene i arbeidsmiljøloven får kun anvendelse for ”*arbeidstakere*,” og virksomhetene som engasjerer disse.

Arbeidstakerdefinisjonen fremgår av arbeidsmiljøloven § 1-8. Her omtales en arbeidstaker som en som ”*utfører arbeid i annens tjeneste*.” Alminnelig språkbruk tilsier at en arbeidstaker befinner seg i et kontraktsmessig over- og underordningsforhold med sin arbeidsgiver.

Arbeidstaker vil således anses pliktig til å utføre det arbeid som er påkrevd, både i henhold til arbeidsgivers styringsrett og arbeidsavtalen inngått mellom partene.

Forarbeidene presiserer at arbeidstakerbegrepet er utviklet over tid.<sup>3</sup> Vurderingen av hvorvidt vi står overfor arbeidstaker i lovens forstand, må bero på en skjønnsmessig helhetsvurdering, hvor det avgjørende er det reelle underliggende forhold. Vi må således se hen til realiteten i forholdet mellom arbeidsgiver og arbeidstaker. Det vil ikke være tilstrekkelig kun å se hen til arbeidsavtalen som foreligger dem imellom.

Det er innledningsvis viktig å presisere innholdet i begrepet, da arbeidsmiljølovens regler (nærmere bestemt fortrinnsrettreglene) og vernet som ligger til grunn for reglene, kun kan påberopes av arbeidstakere.

### 1.2.2 Arbeidsgiver

Hvem som defineres som arbeidsgiver fremgår av aml. § 1-8 annet ledd.

---

<sup>3</sup> Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 74

Arbeidsgiverdefinisjonen lyder som følger ”(e)nhver som har ansatt arbeidstaker for å utføre arbeid i sin tjeneste.” Loven knytter en rekke plikter til arbeidsgiverbegrepet.<sup>4</sup> Disse omfatter blant annet regler om saklighet ved oppsigelse og avskjed, helse- og sikkerhetsmessige tiltak og tilrettelegging for et fullt forsvarlig arbeidsmiljø.

Fra forarbeidene fremgår at loven bygger på et funksjonelt arbeidsgiverbegrep.<sup>5</sup> Det må vurderes ”hvem som i praksis har opptrådt som arbeidsgiver og som har utøvet arbeidsgiverfunksjonen.” Forarbeidene stadfester også at ansvaret som arbeidsgiver besitter kan plasseres hos flere, for eksempel hvis andre har opptrådt som arbeidsgiver og utøvet hans funksjon.

Når det gjelder arbeidsgiverbegrepet i konsern, er hovedregelen at den enkelte virksomhet er arbeidsgiver.<sup>6</sup> Det fremgår imidlertid av rettspraksis at arbeidsgiverens ansvar ikke alltid begrenses til selskapet hvor arbeidstakerne er ansatt. I Wårtsilå-dommen<sup>7</sup> ble mor- og datterselskap ansett for å ha samme arbeidsgiveransvar da arbeidsgiverfunksjonene ble delt mellom dem.

Fortrinnsretten kan således påberopes overfor flere *arbeidsgivere*.

### 1.2.3 Virksomhet

Virksomhetsbegrepet er ikke definert i arbeidsmiljøloven. Begrepet benyttes imidlertid flere steder i lovverket, i ulik betydning. For å avklare innholdet nærmere må vi foreta en tolkning av den enkelte bestemmelsen som anvender uttrykket.<sup>8</sup>

Fra forarbeidene er det uttalt:

*”som alminnelig regel vil det rettssubjekt som er arbeidsgiver være sammenfallende med arbeidsgivers virksomhet.”<sup>9</sup>*

Videre følger:

---

<sup>4</sup> Jakhelln, 2013, s. 36

<sup>5</sup> Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 76 (avsnitt 6-2)

<sup>6</sup> Hirst og Lønneid, 2017, s. 23

<sup>7</sup> Rt. 1990.1126

<sup>8</sup> Jakhelln, 2013, s. 43

<sup>9</sup> Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 74

*”Hovedregelen er at arbeidstakers rettigheter er knyttet til den enkelte virksomheten.”*

Uttalelsene gir liten veiledning angående innholdet i virksomhetsbegrepet. Begrepet kan i relasjon til fortrinnsrettbestemmelsen imidlertid tilsi at arbeidstaker kan påberope seg fortrinnsretten overfor det rettssubjektet (det AS) han tidligere var tilsatt i.

### **1.3 Metode og rettskildebilde**

Dette er en *de lege lata*- og en *de lege ferenda*-drøftelse. De lege lata betyr ”i henhold til gjeldende rett”,<sup>10</sup> og vil som ordlyden tilsier, redegjøre for rettsstilstanden. De lege ferenda betyr ”hva retten burde være” og tilsikter en argumentasjon av lovgivningspolitiske betraktninger eller hensyn.<sup>11</sup>

Problemformuleringene som behandles i avhandlingen vil som et utgangspunkt forankres i de tradisjonelle rettskildene; formell lov, forarbeider og rettspraksis fra henholdsvis Høyesterett og lagmannsrettene. En slik fremstilling vil foregå de lege lata. Imidlertid, vil det etter redegjørelsen for gjeldende rett, oppstilles spørsmål i tilknytning til *uttalelser* i disse rettskildene. Disse spørsmålene vil bli drøftet og besvart både de lege lata og de lege ferenda.

Ettersom de ulike problemstillingene i avhandlingen reises på bakgrunn av gjeldende rett, vil fraværet av rettskildematerial medføre at drøftelsene gjennomføres av rettspolitiske betraktninger. Dette innebærer at størstedelen av argumentasjonen vil skje på bakgrunn av de formål som fremgår av arbeidsmiljølovgivningen og som kan tilskrives lovgiveren, i tillegg til andre formålsbetraktninger som ikke bygger på autoritative kilder, slik som reelle hensyn.

Det må imidlertid presiseres at arbeidsmiljølovens formålsbestemmelse ikke tilsvarer den rettskildemessige vekten av materiellrettslige bestemmelser. Arbeidsmiljølovens formål har likevel en funksjon utover det rent opplysningsmessige. Formålene vil betraktes som rettskilder ved tolkningen av lovens bestemmelser, og kan få betydning for hvordan rettsregler skal forstås.<sup>12</sup>

---

<sup>10</sup> Gisle, 2018

<sup>11</sup> Gisle, 2018

<sup>12</sup> Skjønberg, Hognestad, Hotvedt, 2017, s. 47



Reelle hensyn betrakter også som en rettskildefaktor. Med reelle hensyn menes det rettsanvenderen anser som rimelig eller hensiktsmessig løsning av rettsspørsmålet.<sup>13</sup> Deres vekt vil avhenge av hvor klart formulert andre rettskilder er.

Vedrørende vektingen av de *tradisjonelle* rettskildene som vil omtales i avhandlingen, er lovens ordlyd den mest tungtveiende rettskilden. Med lovens ordlyd mener vi ordenes betydning etter alminnelig språklig bruk. Tolkning av loven skal skje på bakgrunn av ordlyden. At ordlyden er den viktigste rettskilden begrunnes i at formell lov vedtas av Stortinget og er lett tilgjengelig for borgerne.

Neste på listen er lovens forarbeider. Forarbeidene vil i avhandlingen være en svært viktig rettskilde å se hen til, da de gir uttrykker forhistorien til loven, og gir nærmere anvisning på hensyn og formål som ligger til grunn for ordlyden.

Dernest følger Høyesteretts avgjørelser. Deres uttalelser har høy rettskildemessig vekt, da avgjørelser avsagt i Høyesterett vil danne prejudikat. Et prejudikat er en rettssetning som i senere saker vil anses bindende, dersom samme spørsmål på ny kommer opp for domstolene.<sup>14</sup> Dette er et utslag av prinsippet om at like saker skal behandles likt.

Lagmannsretten er en underrettsdomstol. Lagmannsrettens avgjørelser har ikke samme rettskildemessige vekt som avgjørelser avsagt i Høyesterett, men vil være viktig faktor i avhandlingen. Dette begrunnes for det første med at det finnes svært lite materiale fra Høyesterett i tilknytning til problemformuleringene som oppstilles nedenfor. For det andre kan vi se hen til Fanebust sin uttalelse vedrørende betydningen av underrettspraksis.<sup>15</sup> Han uttaler at materiale fra lagmannsrettsdommer gir en *grei og nødvendig illustrasjon*. Det er få dommer som bli påanket videre og derfor vil dommer fra lagmannsretten (og tingretten) bli avgjørende for arbeidstakers rettsstilling.

## 1.4 Avgrensning

I avhandlingen vil jeg ta opp spørsmål som kan oppstå når en masseoppsigelse i virksomheten medfører at et høyt antall arbeidstakere blir fortrinnsberettiget. Det avgrenses dermed mot et

---

<sup>13</sup> Gisle, 2017

<sup>14</sup> Prejudikat, 2008

<sup>15</sup> Fanebust, 2017, s. 70

minimum på 10 fortrinnsberettigede arbeidstakere, ettersom det må et slikt antall oppsagte arbeidstakere til før vi lovlig sett definerer oppsigelser som masseoppsigelse.<sup>16</sup>

Masseoppsigelse som selvstendig rettslig grunnlag vil imidlertid være uten betydning for den videre behandlingen av spørsmålene i avhandlingen. Reglene omtales kun for å illustrere særskilte problemstillinger som kan oppstå i relasjon til fortrinnsretten.

Fokus i oppgaven vil knytte seg til arbeidsmiljøloven § 14-2. Det avgrenses dermed mot andre bestemmelser som regulerer fortrinnsrett, både i arbeidsmiljøloven, tjenestemannsloven og skipsarbeidsloven. Hovedavtalen mellom LO-NHO skal heller ikke omtales.

Som nevnt under pkt. 1.1 er det konjunktursvingninger i oljenæringen de siste årene som har tilfører temaet aktualitet. Likevel vil en behandling av problemformuleringene de fleste steder behandles generelt.

## **1.5 Videre fremstilling**

I det følgende vil det i kapittel to gis en systematisk fremstilling av fortrinnsrettsbestemmelsen, og hvilke vilkår som må være til stede før arbeidstaker kan påberope seg fortrinnsretten, samt de formål og hensyn som ligger til grunn for reglene.

I kapittel tre og fire behandles kvalifikasjonsprinsippet ved fortrinnsrett. Her vil vi se nærmere på to særskilt problemstillingen som kan oppstå i praktiseringen av prinsippet; muligheten til å vektlegge personlige egenskaper som del av kvalifikasjonskravet (kap. 3) og arbeidsgivers mulighet til å gjeninnsette arbeidstakere som besitter kompetanse for fremtiden (kap. 4)

Dernest vil kapittel fem ta for seg arbeidsgivers drøftelsesplikt ved opp- og nedbemanning. I kapittel seks skal vi se nærmere på informasjonsplikten og dens rekkevidde.

---

<sup>16</sup> Aml. § 15-2

# 2 Fortrinnsrettens grunnleggende utgangspunkter

## 2.1 Innledning

Vi skal i dette kapittelet skissere noen grunnleggende arbeidsrettslige emner. Vi begynner med å se på det rettslige grunnlaget (punkt 2.2). Deretter skal det redegjøres for vilkårene som må være oppfylt før arbeidstaker kan påberope seg fortrinnsrett til ny ansettelse (punkt 2.3), før vi ser hen til hvilke formål og hensyn som begrunner fortrinnsretten – både i et historisk og nåværende perspektiv (punkt 2.4). Sist vil det kort redegjøres for avhandlingens videre anvendelsen av masseoppsigelsesbegrepet i relasjon til fortrinnsretten (punkt 2.5)

## 2.2 Rettslig grunnlag

Reglene om fortrinnsrett fremkommer av lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. arbeidsmiljøloven av 17. juni 2005, (heretter aml.). Det er nærmere bestemt § 14-2 som angir vilkårene som utløser fortrinnsretten. Arbeidstakers krav på fortrinn til ny stilling ble innført i arbeidsmiljøloven av 1977, etter inspirasjon fra tariffavtaler, svensk rett og ILO-rekommandasjon nr. 119.<sup>17</sup>

Arbeidstaker som blir oppsagt med grunnlag i forhold på virksomhetens side, vil i en bestemt tid etter oppsigelsen, ha rett til fortrinn til ny ansettelse. En slik rett forutsetter imidlertid at arbeidstaker kvalifiserer for stillingen som skal besettes, og oppfyller de ytterligere vilkårene som fremgår av fortrinnsrettsbestemmelsen.

Når vi taler om fortrinnsberettigede arbeidstakere er det ensbetydende med at vedkommende har rettskrav på stillingen, så fremt han er kvalifisert.<sup>18</sup> For arbeidsgiver medfører retten en lojalitetsplikt gjennom hele den perioden arbeidstaker er fortrinnsberettiget. Han må før ny ansettelse avklare hvorvidt det finnes oppsagte arbeidstakere som har fortrinnsrett til

---

<sup>17</sup> Borgerud, Moen, 2014. Note 455.

<sup>18</sup> Hirst og Lønneid, 2017, s. 48

stillingen.<sup>19</sup> Den innskrenker således arbeidsgiverens valgfrihet med hensyn til hvem som skal ansettes.

## 2.3 Vilkår for fortrinnsrett

Det er kun arbeidstakere som har blitt oppsagt grunnet *virksomhetens forhold* som er fortrinnsberettiget. Ordlyden i bestemmelsen tilsier at oppsigelsen må skyldes virksomhetens manglende sysselsettingsmuligheter, og at arbeidsforholdet har blitt bragt til formelt opphør. Arbeidstaker er ikke fortrinnsberettiget dersom han eller hun selv frivillig har fratrudd stillingen. Forarbeidene gir støtte til ordlydsfortolkningen. Der fremgår at fortrinnsrettbestemmelsen *ikke* kommer til anvendelse når oppsigelsen skyldes arbeidstakers eget forhold eller arbeidstaker selv sier opp.<sup>20</sup>

Forarbeidene til 1977-loven angir at oppsigelser som er begrunnet i virksomhetens forhold, primært måtte rette seg til driftsinnskrenkninger for at fortrinnsretten skulle utløses.<sup>21</sup> Juridisk teori viser i dag til arbeidsmiljøloven § 15-7, og angir at virksomhetens forhold ikke bare omfatter driftsinnskrenkninger, men også rasjonaliseringstiltak.<sup>22</sup> Fortrinnsretten kan således påberopes av arbeidstaker uansett hva den nærmere begrunnelsen for oppsigelsen er – så lenge det er forhold på virksomhetens side som utløser oppsigelsesbehovet.

Arbeidsmiljøloven § 14-2 første ledd angir videre vilkår om at fortrinnsretten kun utløses ved *ny ansettelse*. Ordlyden forstås dithen at interne omplasseringer og opprykk således ikke utløser arbeidstakers rett til fortrinn. Innleie vil imidlertid ikke betraktes som ny ansettelse, ettersom den arbeidstakeren som innleies allerede har et ansettelsesforhold til utleieren. Derimot vil en midlertidig ansettelse være ny ansettelse.<sup>23</sup>

Fortrinnsrett til ny ansettelse vil kun gjelde i *samme virksomhet*. Virksomhetsbegrepet har tidligere blitt omtalt, se pkt. 1.2.3. Når vi taler om at fortrinnsretten kun utløses i samme virksomhet, vil en nærliggende tolkning av ordlyden tilsa at arbeidstakers rettigheter til ansettelse, er forbeholdt det tidligere AS han var ansatt i. Tolkningen sammenfaller med

---

<sup>19</sup> Hirst og Lønneid, 2017, s. 49

<sup>20</sup> Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 224

<sup>21</sup> Ot.prp. nr. 41 (1975-1976) s. 27

<sup>22</sup> Borgerud, Moen. 2014, note 456.

<sup>23</sup> Borgerud, Moen. 2015, note 457.

Arbeidslivslovutvalgets uttalelse i NOU-2004-5.<sup>24</sup> Her uttaler utvalget at samme virksomhet er å anse som rettssubjektet arbeidstaker tidligere var ansatt i, og at fortrinnsretten således vil gjelde overfor den juridiske person som er oppgitt som part i avtalen. Dette kan innebære at fortrinnsretten må knyttes til flere rettssubjekter, da et konsern består av flere selskaper.<sup>25</sup>

Dersom virksomheten helt eller delvis overføres fra en juridisk enhet til en annen (virksomhetsoverdragelse) kan arbeidstaker utøve sin reservasjonsrett. Denne innebærer at oppsagt arbeidstaker ikke plikter å bli med over til ny arbeidsgiver. I det tilfelle vil han ha fortrinnsrett til ny ansettelse hos tidligere arbeidsgiver i ett år fra overdragelsestidspunktet.<sup>26</sup>

Det siste vilkåret som fremgår av arbeidsmiljøloven § 14-2 første ledd, er at arbeidstaker som påberoper seg fortrinnsrett til ny ansettelse, må være *kvalifisert* for stillingen. Det vil bli foretatt en nærmere analyse av kvalifikasjonsprinsippet i kapittel tre.

Fra arbeidsmiljøloven § 14-2 tredje ledd fremgår et ansiennitetskrav. Før arbeidstaker kan påberope seg fortrinnsrett, må han ha vært ansatt i virksomheten i til sammen minst 12 måneder i de to siste år. Forarbeidene stiller ikke krav om at arbeidstaker må ha vært tilsatt sammenhengende i denne perioden.<sup>27</sup> Vi må således se hen til den totale tilsettingstid, hvor også oppsigelsestiden må tas med i beregningsgrunnlaget.

Det siste vilkåret fremgår av arbeidsmiljøloven § 14-3 fjerde ledd. Det uttales i bestemmelsen at fortrinnsretten kan gjøres gjeldende fra oppsigelsestidspunktet, og i ett år fra oppsigelsesfristens utløp. Oppsigelsen må oppfylle formkravene som gjøres gjeldende i arbeidsmiljøloven § 15-4. Fortrinnsrettperioden begynner således å løpe når oppsigelsen har kommet frem til arbeidstaker.

## **2.4 Legislativ begrunnelse**

### **2.4.1 Arbeidervernlovgivningen – *den historiske utviklingen i korte trekk***

---

<sup>24</sup> NOU 2004:5 s. 147.

<sup>25</sup> Skjønberg, Hognestad, Hotvedt, 2017, s. 144

<sup>26</sup> Virke, 2016

<sup>27</sup> Ot.prp. nr. 50 (1993-1994) s. 203

Den første arbeidervernlovgivningen i Norge ble vedtatt på slutten av 1800-tallet. Formålet den gang var å verne om fabrikkarbeidernes sikkerhet, ved å forebygge ulykker og helsefare i fabrikkene.<sup>28</sup> På 1900-tallet fikk lovgivningen et langt større virkeområde; den omfavnet nå alle typer av arbeidstakere og virksomheter. Ikke bare fikk arbeidstaker et styrket oppsigelsesvern og rettigheter som fri ved sykdom og fødsel, men ved vedtagelsen av 2005-loven fikk vi fortrinnsrett for deltidsansatte, et vern for varslere og utvidet kontrolltiltak i virksomhetene.<sup>29</sup>

Arbeidstaker har tidligere, og blir fortsatt til en viss grad i dag, ansett som den svakeste parten i et arbeidsforhold. Ett av lovgivers formål har helt siden lovgivningens opphav derfor vært å gi arbeidstaker et forsterket arbeidsrettslig vern. Dette vernet bidrar til å sette arbeidstaker i en sterkere forhandlingsposisjon med arbeidsgiver, og vil dermed bidra til å utjevne disproporsjonaliteten mellom partene. Det er ikke uten grunn at arbeidsmiljøloven – med rette – i dag anses å være en lov som hovedsakelig skal verne arbeidstaker.

Tross for at lovgivningen i størst grad skal ivareta arbeidstaker, har rettspraksis<sup>30</sup> overlatt en mulighet for arbeidsgiver til å lede og fordele arbeidet slik han anser ønskelig. Dette er kjent som *arbeidsgivers styringsrett*, og betraktes i dag som sikker rett. Rekkevidden av styringsretten er likevel ikke uten begrensninger. Reglene om arbeidstakers fortrinnsrett er en slik begrensning.

## 2.4.2 Formål og hensyn bak reglene

I et moderne samfunn er mennesker avhengige av arbeid for å være i stand til å forsørge seg selv og sin familie. Vi så overfor at arbeidsmiljølovgivningen har vokst i takt med utviklingen, og at vi i dag har en omfattende lovgivning som er i hovedsak er vedtatt for å beskytte arbeidstaker. Til tross av at hovedformålet med arbeid er å tjene til livets opphold, er det i like stor utstrekning viktig at mennesker gjennom individuelt arbeid kjenner på en forsterket tilhørighet i et fellesskap, og har muligheten til å utvikle seg selv og sine ferdigheter.

---

<sup>28</sup> Utviklingen av arbeidervernlovgivningen, (2017)

<sup>29</sup> Utviklingen av arbeidervernlovgivningen, (2017)

<sup>30</sup> Rt. 2000.1602 (Nøkk-dommen)

Av hensyn til arbeidstakerne er det viktig at vi ikke tar lett på deres nedfelte rettigheter. Slik vi tidligere omtalt, vil fortrinnsretten i regelverket bidra til en ivaretagelse av deres lovfestede rettigheter og vern.

Fortrinnsrettreglene medfører at arbeidsgiver ikke skal ha mulighet til å kvitte seg med uønsket arbeidskraft, uten at dette skjer gjennom reglene om saklig oppsigelse.

Arbeidstakernes stillingsvern fremgår av formålsbestemmelsen, jfr. aml. § 1-1 bokstav b, hvor det følger at loven har til formål å sikre *trygge ansettelsesforhold og likebehandling i arbeidslivet*. Et trygt ansettelsesforhold relateres til både fysisk trygghet på arbeidsplassen, men skal også fremme forutberegnelighet for arbeidstakere - psykisk trygghet.

Reglene om fortrinnsrett har til hovedformål å effektivisere stillingsvernet. Forarbeidene presiserer at det innebærer at arbeidsgiver skal forhindres i å benytte seg av kortvarige driftsinnskrenkninger for å skifte ut sine arbeidstakere.<sup>31</sup>

Det må understrekes at det dermed ikke er sagt at arbeidsgiver ikke kan si opp sine ansatte, men fortrinnsretten vil begrense arbeidsgivers adgang til fritt å velge hvem som skal gjeninnsettes ved nyansettelse i virksomheten.<sup>32</sup> Arbeidsgiver har i forkant av oppsigelsene plikt til å vurdere hvorvidt det finnes annet passende arbeid for de arbeidstakerne som vurderes oppsagt. Ved å sikre disse arbeidstakerne lovmessige rettigheter, i etterkant av oppsigelsen, vil reglene om fortrinnsrett være en ytterligere konsekvens av arbeidsgivers plikt til å finne alternativt arbeid å tilby dem.<sup>33</sup>

Fra forarbeidene fremgår at fortrinnsrettreglene, foruten å effektivisere stillingsvernet, skal medvirke til gode og fremtidsrettede omstillingsprosesser i virksomheten, ved å gi arbeidstakerne forventinger om videreføring av ansettelsesforholdene.<sup>34</sup>

Fortrinnsretten er også vedtatt av hensyn til arbeidsgiver. Arbeidstakere som er kjent med reglene om fortrinnsrett, kan i etterkant av oppsigelsene være villig til å gjeninntre i virksomheten de tidligere var ansatt i av diverse grunner. Én slik grunn kan være trivsel på sin

---

<sup>31</sup> Ot.prp. nr. 49 (2004-2005)

<sup>32</sup> Ot.prp. nr. 49 (2004-2005)

<sup>33</sup> Arbeidsrett.no – kommentar av Kari Gimmingsrud, jfr. § 14-2 note 1

<sup>34</sup> Ot.prp. nr 49 (2004-2005) s. 70

tidligere arbeidsplass. Dersom virksomheten i fortrinnsrettperioden får et oppbemanningsbehov, vil reglene dermed sikre den opparbeidet kompetanse.<sup>35</sup>

Et annet nedfelt formål i arbeidsmiljøloven, og som kan ses i sammenheng med bestemmelsen om fortrinnsrett, er formålet om å bidra til et *inkluderende arbeidsliv*. Under lovens utforming beskrev Arbeidslivlovsutvalget dette som ”det kanskje viktigste siktemålet ved utformingen av en ny lov for arbeidslivet.”<sup>36</sup> Det nærmere innholdet i formålet er ikke uten videre klart og må sees i sammenheng med de øvrige formål i § 1-1,<sup>37</sup> blant annet formålet om at arbeidstakere skal ha mulighet til å delta i arbeidslivet i henhold til sine *personlige forutsetninger* og egen livssituasjon.<sup>38</sup> En slik tilpasningsplikt må anses å foreligge hele den tiden arbeidstaker er vernet av reglene i arbeidsmiljøloven; enten det gjelder mens han er i arbeid, eller i tiden etter oppsigelse når han er vernet av fortrinnsrettreglene.

Hvordan disse formålene og hensynene er relatert til arbeidstakernes rett til fortrinn vil bli nærmere omtalt i avhandlingens hoveddel.

## 2.5 Kort om masseoppsigelser

En virksomhet vil fra tid til annen ha behov for å nedbemanne et høyt antall arbeidstakere.

Et slikt behov kan aktualiseres når virksomheten gjennomgår en økonomisk nedgangsperiode og må rasjonalisere av hensyn til dens videre drift. Dette medfører at de reglene om masseoppsigelse slik de er nedfelt i arbeidsmiljøloven § 15-2 kommer til anvendelse.

Fra bestemmelsen fremgår at oppsigelser benevnes som masseoppsigelser når over 10 arbeidstakere sies opp over et tidsrom på 30 dager, og uten at oppsigelsene er begrunnet i de enkelte arbeidstakernes forhold.

Det innebærer følgelig at når vi omtaler problemstillingene nedenunder, er det forutsatt at det er *forhold i virksomheten* som har utløst et nedbemanningsbehov.

---

<sup>35</sup> Ot.prp. nr 49 (2004-2005) s. 70

<sup>36</sup> NOU 2004: 5 s. 141

<sup>37</sup> Skjønberg, Hognestad, Hotvedt, 2017, s. 46

<sup>38</sup> Aml. § 1-1 bokstav c



# 3 Kvalifikasjonskravet – vektleggingen av personlige egenskaper

## 3.1 Innledning

En arbeidstakers mulighet til å påberope seg fortrinn til ny stilling vil bli begrenset av et krav til kvalifikasjoner. Et slikt kvalifikasjonskrav fremgår av aml. § 14-2 første ledd og må være til stede uavhengig av det antallet arbeidstakere som er fortrinnsberettiget, og hvilke andre krav til utvelgelse som stilles.

Når arbeidsgiver står overfor flere fortrinnsberettigede arbeidstakere, kan kvalifikasjonskravet og dets nærmere innhold slik det har blitt utpenslet i praksis, føre til skjønsmessige vurderinger. En slik situasjon resulterer i spørsmålet hvorvidt de fortrinnsberettigede arbeidstakernes vern ivaretas under nevnte omstendighet. Nedenunder skal spørsmålet forsøkes besvart i lys av formålsbetraktninger og vernehensyn som ligger til grunn for lovgivningen.

Vi skal først foreta en nærmere redegjørelse av innholdet i kvalifikasjonsprinsippet (punkt 3.2). Dernest ser vi hen til hvorvidt hensynene til arbeidstaker ivaretas når det er rettmessig å vektlegge personlige egenskaper ved gjeninnsettelse. Spørsmålet besvares både de lege lata og de lege ferenda (punkt. 3.3).

## 3.2 Redegjørelse for kvalifikasjonskravet

Fortrinnsretten gjelder for tidligere arbeidstakere som er *kvalifisert* for stillingen. Ordlyden gir liten veiledning av begrepets innhold. I aml. (1977) § 67 var kvalifikasjonskravet formulert som at arbeidstaker måtte være *skikket* for stillingen. Fra forarbeidene fremgår at det nye begrepet er mer klargjørende, men medfører ingen realitetsendring.<sup>39</sup>

Ettersom begrepet ikke nærmere er presisert i teksten, blir det nødvendig å supplere tolkingen med forarbeid og rettspraksis.

---

<sup>39</sup> Ot.prp. nr 49 (2004-2005) kapittel 17.1.4, s. 224

Fra forarbeidene til den nye arbeidsmiljøloven fremgår at det i vurderingen må sees hen til både faglige og personlige forutsetninger.<sup>40</sup> Disse forarbeidene ble utarbeidet *etter* at Høyesterett utpenslet tolkningen i rettspraksis. Vi skal nedenfor se nærmere på rettens uttalelse.

### 3.2.1 Kriteriet om personlige egenskaper

Det var Høyesterett som første gang la føringer for det nærmere innholdet i kvalifikasjonskravet.<sup>41</sup> Saken gjaldt oppsagt arbeidstakers rett til fortrinn til ny stilling etter den tidligere arbeidsmiljøloven § 67. Arbeidstakerens oppsigelse ble begrunnet i virksomhetens forhold, og spørsmålet var hvorvidt vedkommende var *skikket* for stillingen som skulle besettes.

Retten uttaler at arbeidsgiver i likhet med faglige egenskaper, rettmessig kan vektlegge *personlige egenskaper* ved vurderingen av om en arbeidstaker er kvalifisert for stillingen.

I saken formulerer Høyesterett spørsmålet:

*”om personlige egenskaper som skaper problemer, kan være grunnlag for å nekte fortrinnsrett for en arbeidstaker som er oppsagt på grunn av bedriftens forhold.”*

I henhold til spørsmålet uttaler retten videre:

*”personlige egenskaper som har betydning for hvordan arbeidstakeren kan utføre sine egne arbeidsoppgaver, må inngå i vurderingen av om han eller hun er skikket for stillingen. Det kan for eksempel gjelde evnen til å motivere medarbeidere i relasjon til en lederstilling, eller overtalelsesevner i relasjon til en stilling som selger.”*

Vurderingen som knytter seg til *faglige* egenskaper vil henspille til en objektiv vurdering. Det kan være uproblematisk for arbeidsgiver å fastlegge hva slags faglig kompetanse han har behov for, og deretter se om arbeidstaker innehar slik kompetanse.

Derimot kan det oppstå utfordringer til hvordan vi skal fastlegge om en arbeidstaker har de *personlige* egenskapene som er nødvendig for stillingen.

---

<sup>40</sup> Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 224

<sup>41</sup> Rt. 2003.1754

Høyesterett sin uttalelse gir signaler om at vurderingen som knytter seg til hvorvidt en arbeidstaker innehar de rette personlige egenskapene for stillingen, handler om deres individuelle evner til å utføre arbeidet på best mulig måte. Selv om retten ikke eksplisitt anvender uttrykket *nødvendig*, er det nærliggende å tenke at arbeidstaker må ha de nødvendige personlige egenskaper.

Eksempelvis nevner retten overtalelsesevner for en selger. Selv om arbeidstakerne besitter de faglige kvalifikasjoner, kan det være lite lønnsomt å benytte arbeidstakere som ikke har gode evner til å kommunisere med kunder, særlig hvor virksomhetens levetid er avhengig av salg og service. Ettersom det er rettmessig å vektlegge slike kvalifikasjoner, kan arbeidsgiver av hensyn til virksomhetens videre drift velge bort de arbeidstakerne som ikke har gode kommunikasjonsevner.

Selv om det i enkelte tilfeller kan være lite utfordrende å stadfeste hvorvidt en arbeidstaker besitter de nødvendige personlige egenskaper, kan det likevel være vanskeligere i andre. Vektleggingen av personlige egenskaper kan resulterer i høy grad av skjønnsmessige vurderinger fra arbeidsgiver. Det gjelder særlig i et masseoppsigelsestilfelle hvor vi står overfor et bredt utvalg av arbeidstakere hvis alle besitter ulike personlige egenskaper.

### **3.3 Ivaretar vi lovens formål og arbeidstakernes vern når det er rettmessig å vektlegge personlige egenskaper ved gjeninnsettelse**

Fra formålsbestemmelsen til arbeidsmiljøloven fremgår at loven skal;

*”legge til rette for tilpasninger i arbeidsforholdet knyttet til den enkeltes arbeidstaker forutsetninger.”*<sup>42</sup>

Det er naturlig å forstå formålet slik at arbeidstaker skal få mulighet til et liv i arbeid ut fra sine personlige egnetheter og egenskaper. Det vil dermed være i tråd med formålet å tillate en vektlegge arbeidstakers personlige egenskaper. Tolkningen får støtte i lovens forarbeid.<sup>43</sup>

---

<sup>42</sup> Aml. § 1-1 bokstav c

<sup>43</sup> Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 71

Videre nevner forarbeidene funksjonshemming særskilt, og henviser til lovens formål om å bidra til et *inkluderende arbeidsliv*.<sup>44</sup> Arbeidsgiver skal således tilpasse arbeidsforholdet på bakgrunn av arbeidstakernes egne behov, og tilstrebe et inkluderende liv i arbeid.

Fra juridisk teori fremgår at formålsbestemmelsen må forstås helt generelt, og at det ikke bare gjelder hvor arbeidstaker er funksjonshemmet, slik forarbeidene uttrykkelig nevner.<sup>45</sup> Dersom vi legger til grunn en generell forståelse, er det nærliggende å tolke bestemmelsen dithen at arbeidsgiver også må foreta tilpasninger for arbeidstakere *uten* funksjonshemninger.

Arbeidsgiver får således en *allmenn* tilpasningsplikt overfor sine arbeidstakere.

I forlengelsen av en slik forståelse, gjelder tilpasningsplikten ikke bare for arbeidstakere *i* virksomheten. Arbeidstaker må ved gjeninnsettelse også ta i betraktning arbeidstakernes særegenheter. Ved å åpne opp for en slik praktisering vil det være fordelaktig for virksomheten at arbeidstakernes personlige egenskaper samsvarer med dens behov. For arbeidstaker selv vil det også oppleves meningsfullt at vedkommende gjennom sitt arbeid kan nyttiggjøre seg sine egenheter.

Formålet må anses vedtatt av hensyn til arbeidstakernes trivsel og personlige utfoldelse i arbeidslivet. En vektlegging av personlige egenskaper som del av kvalifikasjonskravet, vil dermed i høy grad føre til en ivaretagelse av det nevnte formål.

På den annen side vil en masseoppsigelse føre til mange fortrinnsberettigede arbeidstakere. Arbeidsgiver vil derfor ha flere å velge mellom når han skal foreta en vurdering av hvem som er personlig egnet for stillingen. Ettersom Høyesterett har vært tilbakeholdne med å presisere ytterligere hvordan vektingen av kriteriet skal foregå, kan det således åpnes opp for brede skjønsmessige vurderinger.

Når vi bruker skjønn for å komme frem til et resultat, er det ensbetydende med å treffe en avgjørelse på grunnlag av egne betraktninger.<sup>46</sup> Det kan dermed oppstå risiko for at arbeidsgiver vil komme til å basere utvelgelsen på bakgrunn av urimelighet, usaklighet eller utenforliggende hensyn, og dermed skjule slike hensyn bak personlig egenskap-kriteriet. Dette er hensyn som verken er forenelig med lovens formål, eller andre vernehensyn som ligger til grunn for lovgivningen.

---

<sup>44</sup> Aml. § 1-1 bokstav e

<sup>45</sup> Arbeidsrett.no – kommentar av Henning Jakhelln

<sup>46</sup> Jusleksikon, 2017

En utfordring knyttet til arbeidsgivers skjønnsutøvelse er at fortrinnsberettigede arbeidstakerne allerede har vært ansatt i virksomheten. Arbeidsgiver har derfor trolig kjennskap til flere av disse fra tidligere. Et element ved skjønnsutøvelsen kan dermed være at arbeidsgiver hensynstar de arbeidstakerne han personlig favoriseres, eller har etablerte relasjoner til. Et ytterligere problem i henhold til dette er at det vil være vanskelig å bevise grunnlaget for arbeidsgivers beslutning.

Både at arbeidsgiver baserer avgjørelsen på utenforliggende hensyn, og at den vil være vanskelig å overprøve, vil ikke bare undergrave formålet om et effektivt stillingsvern, men vil også stride mot likebehandlingskravet i formålsbestemmelsen.

Tross for at kriteriet personlige egenskaper fører med seg et visst rom for skjønnsmessige betraktninger, er det dermed ikke gitt at arbeidsgiver vil vektlegge slike hensyn som nevnt. Det må tvert imot anses rimelig at arbeidsgiver gis rom til å foreta selvstendige vurderinger knyttet til hvem av de tidligere arbeidstakere som personlig er egnet i stillingene. Det gjelder særlig ettersom han vil være nærmest til å vurdere hvilke egenskaper stillingen rent faktisk krever. Arbeidstakere kunne også opplevd det mindre meningsfullt, dersom de *personlig* ikke er egnet for stillingen.

Et annet formål som ligger til grunn for reglene om fortrinnsrett er formålet om fremtidsrettede omstillingsprosesser. Fra forarbeidene til aml.§ 14-2 fremgår;

*”... kan fortrinnsretten medvirke til gode og framtidsrettede omstillingsprosesser ved at arbeidstakerne har forventninger om videreføring av ansettelsesforholdene der det er saklig grunnlag for det.”<sup>47</sup>*

Her leser vi at oppsagte arbeidstakere kan forvente å bli gjeninnsatt i arbeid. Det kan argumenteres for at deres forventninger vil bli svekket all den stund arbeidsgiver kan legge vekt på personlige egenskaper som fører til skjønnsomme vurderinger. Arbeidsgivers skjønnsutøvelse kan bidra til sterke usikkerhetsmomenter for de fortrinnsberettigede arbeidstakerne. Det kan svekke deres forutberegnelighet i, og tillitt til, arbeidslivet, nettopp fordi de verken vet *hvilke* personlige egenskaper arbeidsgiver vil vektlegge, eller om han i det hele tatt vil basere utvelgelsen på saklighet. Vektingen av personlige egenskaper vil ved

---

<sup>47</sup> Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 223

praktiseringen av kvalifikasjonskravet dermed føre til en svekkelse av formålet om fremtidsrettede omstillingsprosesser.

På den annen side er det plausibelt å hevde at arbeidsgiver ikke ønsker å gjeninnsette arbeidstakere som ikke er personlig egnet i stillingene. Dersom han likevel velger å gjøre så, kan det føre med seg arbeidstakere som ikke trives på arbeidsplassen. Forskning har vist at arbeidstakere som anser arbeidsplassen sin for å ha et godt miljø, vil medføre at virksomhetens drift i større grad er kostnadseffektiv, samtidig som arbeidstakernes helse vil forbedres.<sup>48</sup>

Det er nærliggende å tenke at arbeidsgiver er kjent med at fornøyde arbeidstakere yter mer, noe som klart også er mest lønnsomt for virksomheten. Det kan derfor argumenteres med at vektleggingen av personlige egenskaper ikke vil føre til urimelige resultat, til tross for at skjønnelementer er i bildet.

### **3.3.1 Konklusjon**

Det konkluderes med, likevel under en viss tvil, at vektleggingen av personlige egenskaper ikke vil undergrave lovens formål og arbeidstakernes vern. Til tross for at det er brede skjønnelementer i bildet, legges det særskilt vekt på at det vil være både til arbeidsgiver og arbeidstaker sitt beste dersom sistnevntes personlige egenskaper er velegnet for stillingen.

### **3.3.2 Kan det oppstilles yttergrenser ved vurderingen av arbeidstakeres personlige egenskaper**

#### **Innledning**

Vi så overfor at spørsmålet hvorvidt vi bør tillate å vektlegge personlige egenskaper som del av kvalifikasjonsprinsippet, er svært polarisert.

På den ene siden har vi et arbeidsrettslig vern som arbeidstaker skal beskyttes i henhold til. På den annen side har vi derimot arbeidsgivers behov for arbeidstakere som innehar de personlige egenskapene som er nødvendig i stillingen.

---

<sup>48</sup> Vangerud, Tønsberg. 2017.

Til tross for at arbeidstakernes vern til en viss grad kan undergraves ved vektleggingen av personlige egenskaper, da det har store elementer av skjønn, kan det også medføre ineffektivitet og økonomiske nedgangstider for virksomheten dersom arbeidsgiver ikke har mulighet til å vektlegge slike egenskaper.

Det er videre langt ifra sikkert at arbeidsgiver i det hele tatt vil komme til å basere utvelgelsen på bakgrunn av usaklighet, til tross for at skjønn inngår i vurderingen. Spørsmålet er følgelig hvordan vi kan ivareta behovene til begge parter. Vi skal i det henseende se nærmere på den domstolskapte læren om myndighetsmisbruk i forvaltningen.

### **Læren om myndighetsmisbruk**

I Norge opererer vi med et maktfordelingsprinsipp. Vi skiller mellom dømmende, utøvende og lovgivende makt. Domstolene utøver den dømmende makt og kan som et klart utgangspunkt ikke prøve forvaltningens utøvelse av det frie forvaltningsskjønn.

Slikt skjønn kan utøves når hjemmelen åpner opp for forvaltningen å treffe vedtak og bestemme innholdet i vedtaket. Selv om dette er utgangspunktet, kan domstolene utøve en viss kontroll med de hensyn og formål som ligger til grunn for skjønnsutøvingen.<sup>49</sup> De kan overprøve forvaltningsskjønnet dersom de mener at utfallet ble avgjort på bakgrunn av usaklig forskjellsbehandling, utenforliggende hensyn eller dersom vedtaket fremstår som uforholdsmessig tyngende for parten.<sup>50</sup>

Læren tar sikte på å gi forvaltningen frihet til å treffe vedtak basert på sin faglige kompetanse og politiske vurderinger. Domstolene er tilbakeholdne med å overprøve forvaltningens skjønnsutøvelse, nettopp fordi slike vurderinger krever særskilt kompetanse. De vedtak som treffes må likevel ligge innenfor de formål som loven tar sikte på å fremme.

### **Kan lignende grenser oppstilles ved arbeidsgivers vektlegging av personlige egenskaper**

En hensiktsmessig måte å opprettholde balansen mellom behovet til arbeidsgiver og vernet til arbeidstaker, er å oppstille samme grenser for hvilke hensyn arbeidsgiver kan vektlegge når

---

<sup>49</sup> Bernt og Rasmussen, 2011, s. 353

<sup>50</sup> Bernt og Rasmussen, 2011, s. 353

han skal vurdere hvorvidt arbeidstakernes besitter de rette personlige egenskapene for stillingen.

Arbeidsgiver vil således få mulighet til å utøve skjønn ved vurderingen, men begrenses likevel til å vektlegge hensyn som ligger innenfor loven, og den enkelte bestemmelsens formål. Dermed vil det i skjønnsutøvelsen i mindre grad bli foretatt utenforliggende hensyn, usaklige forskjellsbehandling eller urimelige resultater.

Praktiseringen vil føre med seg en ivaretagelse av både det arbeidsrettslige vernet, og arbeidsgivers behov for arbeidstakere som er personlig egnet for stillingene.



# 4 Kvalifikasjonskravet - ansettelse av fremtidsrettet kompetanse

## 4.1 Innledning

Vi har overfor sett nærmere på kvalifikasjonskravet slik det fremgår av aml. § 14-2 første ledd (se punkt 3.2). Arbeidstaker er kun fortrinnsberettiget til en stilling vedkommende er kvalifisert for.

I tilknytning til utøvelsen av kvalifikasjonsprinsippet, kan arbeidsgiver ha et ønske om å gjeninnsette arbeidstakere hvis kompetanse ikke er dagsaktuell, men vil om en tid bli aktuell.

Vi kan her fremstille en situasjon hvor arbeidsgiver står overfor flere fortrinnsberettigede arbeidstakere. I tiden disse har fortrinnsrett kan arbeidsgiver få behov for å ansette ti arbeidstakere. Halvparten er ønskelige å gjeninnsette fordi de besitter kompetanse som vil være påtrengende i fremtiden. Da arbeidsgiver frykter at disse vil finne seg annet arbeid, og ettersom deres kompetanse kan være en viktig ressurs for virksomheten, ønsker arbeidsgiver å gjeninnsette disse arbeidstakerne på nåværende tidspunkt.

Utfordringen er at arbeidsgivers ønske om å ansette fremtidsrettet kompetanse medfører at andre arbeidstakere som har fortrinnsrett, og som oppfyller kvalifikasjonskravet på ansettelsestidspunktet, vil fortrenses i utvelgelsesprosessen.

Spørsmålet som oppstår er hvorvidt det til representere et brudd på kvalifikasjonsprinsippet at arbeidsgiver ønsker å gjeninnsette arbeidstakere med kompetanse som er aktuell i fremtiden.

I dette kapitlet skal vi først redegjøre for fortrinnsrettens nærmere innhold (punkt 4.2). Deretter oppstiller vi spørsmålet om det er rettmessig å ansette fremtidsrettet kompetanse. Spørsmålet vil på bakgrunn av en rettsdogmatisk- og rettspolitisk fremstilling drøftes og besvares (punkt 4.3).

## **4.2 Fortrinnsretten må vurderes ut fra virksomhetens reelle behov**

I en dom avsagt i Frostating lagmannsrett<sup>51</sup> som omhandlet arbeidstaker som etter fratreden gjorde krav på fortrinnsrett til ledig stilling som mekaniker. Han fikk ikke medhold med den begrunnelse at han ikke var personlig skikket for stillingen ettersom han av helsemessige årsaker ikke kunne påta seg nattevakter. Til tross for at retten kom til at vedkommende ikke var fortrinnsberettiget, uttalte de at;

”...Fortrinnsretten må vurderes ut fra arbeidsgiverens reelle behov.”

Et første spørsmål er hva som ligger i ordlyden *reelt behov*. En naturlig forståelse tilsier de behov som har materialisert seg i virksomheten på tidspunktet for ansettelse, eller vil komme til å materialisere seg i nærmeste fremtid. Dersom vi legger en slik forståelse til grunn, vil arbeidsgiver være avskåret fra muligheten til å gjeninnsette arbeidstakere som besitter kompetanse som er aktuell på sikt, da det vil stride mot ordlyden i kvalifikasjonsprinsippet.

Tross for at ordlyden avskjærer en mulighet for arbeidsgiver, kan det være mindre betenkelig å tillate en slik praktisering hvor arbeidstaker ikke tar skade av den. Vi oppstiller dermed spørsmålet i hvilken grad arbeidstakernes vern ivaretas, når arbeidsgiver ansetter kompetanse for fremtiden. Spørsmålet vil drøftes med hjemmel i formåls- og rimelighetsbetraktninger.

## **4.3 Ivaretar vi arbeidstakers vern når fortrinnsretten ikke vurderes ut fra arbeidsgiverens kompetansebehov på ansettelsestidspunktet**

For det tilfelle at kvalifikasjonskravet henvender seg til behovet bedriften har *i dag*, vil regelen begrense arbeidsgivers rett til selv å avgjøre hvem av de fortrinnsberettigede arbeidstakerne som skal gjeninnsettes.

En utfordring som kan oppstå i oljenæringen er at når virksomheten etter en nedgangsperiode igjen står overfor høy aktivitet og etterspørsel i markedet, kan også virksomhetens behov for

---

<sup>51</sup> RG. 2004.776

kompetanse endre seg i tråd med svingningene. Det kan derfor bli vanskelig for arbeidsgiver å spesifisere de kvalifikasjonsbehov som er påtrengende på ansettelsestidspunktet, da behovet stadig veksler. Rimelighetsbetraktninger tilsier å gi arbeidsgiver rom til å foreta forretningsmessige vurderinger, og åpne for muligheten til å ansette arbeidstakere som besitter kompetanse som er aktuell på sikt, *uten* at det vil komme i konflikt med kvalifikasjonskravet.

På den annen side er ett av formålene bak reglene om fortrinnsrett å sikre arbeidstaker forventninger om videreføring av ansettelsesforholdet i etterkant av oppsigelsen. Hvis en slik praktisering av kvalifikasjonsprinsippet anses lovmessig, kan det avdempe arbeidstakernes forventninger om gjeninnsettelse. Det kan begrunnes med at kvalifikasjonsprinsippet følgelig vil være myntet på en relativitetsvurdering, noe som kan resultere i stor usikkerhet knyttet til hvordan prinsippet vil praktiseres. Forutberegnelighetshensyn taler således også imot en slik praktisering.

I dommen som omtales overfor uttaler retten samtidig;

*”det gjelder et ubetinget krav til lojalitet hos arbeidsgiver ved ny tilsetting innenfor den perioden fortrinnsretten gjelder”*

Slik vi ser vil arbeidsgivers lojalitetsplikt overfor oppsagte arbeidstakere i fortrinnsrettperioden være ubetinget. Dette innebærer at han ikke skal ha mulighet til å ansette arbeidstakere som faller utenfor gruppen av fortrinnsberettigede. Det kan argumenteres med at så fremt arbeidsgiver gjeninnsetter arbeidstakere som har fortrinnsrett, så bør det ikke spille noen rolle *hvem*, og uavhengig av om deres kvalifikasjoner tilsvarer virksomhetens behov i dag, eller for fremtiden. I det henseende vil lojalitetsplikten være overholdt. Arbeidstakernes forventning vil dermed heller ikke bli svekket.

Til tross for at lojalitetsplikten overholdes, kan praktisering av prinsippet medføre at stillingsannonsene virksomheten utlyser blir svært vidt utformet. Når arbeidsgiver skal gjeninnsette oppsagte arbeidstakere, kan slike utlysninger fremkalle stor valgfrihet med hensyn til *hvem* som skal tiltre stillingene. Som er resultat kan avgjørelsen bli tuftet på personlige preferanser, gjerne slike som uforenelige med lovens formål. Ikke bare kan

valgfriheten føre til en svekkelse av arbeidstakernes forventninger om videreføring etter oppsigelse, den kan også bidra til at likebehandlingsformålet fravikes.<sup>52</sup>

På den annen side vil en mulighet for å ivareta de ovennevnte hensyn være at *flere* stillinger annonseres. Det vil bidra til å styrke arbeidstakernes forutberegnelighet og forventninger om videreføring, da det vil være enklere å vurdere hvorvidt de oppfyller kvalifikasjonskravene i den enkelte stillingen.

Videre kan en slik praktisering av kvalifikasjonskravet styrke formålet om trygge ansettelsesforhold.<sup>53</sup> Dersom arbeidsgiver tillates å ta i betraktning virksomhetens lønnsomhet, og velge den arbeidskraften han har behov for, kan arbeidstakerne i fremtiden risikere færre oppsigelser. Arbeidsgiver vil dermed nyttiggjøre seg av arbeidskraft som er påtrengende i virksomheten, og det blir færre *overflødige* arbeidstakere.

Det er også på sin plass å vurdere virksomhetens behov som sådan.

Gode økonomiske resultater gjør virksomhet i stand til å drive videre. For å få slike resultater er det essensielt å ha arbeidstakere som besitter de nødvendige kvalifikasjoner. Men, som vi tidligere har sett, har næringens behov for arbeidskraft kraftig sunket i tråd med konjunktursvingningene. Lav etterspørsel og svak økonomi har vært grunnen til nedgangstidene.

Etter at en virksomhet har gjennomgått et økonomisk fall som har medført at masseoppsigelser nærmest blir normalen, kan rimelighetsbetraktninger tale for at det bør anses lovmessig for arbeidsgiver å velge kompetansen han anser nødvendig av hensyn til virksomhetens lønnsomhet. Dette må gjelde uavhengig av om kompetansen er aktuell nå, eller i fremtiden, og uten at det vil komme i konflikt med kvalifikasjonsprinsippet.

Det er likevel tvilsomt om loven tillater å vektlegge virksomhetens behov i så stor grad. I endringsloven som ble vedtatt i desember 2005, ble den tidligere formuleringen revidert angående vektleggingen av virksomhetens behov ved anvendelsen av arbeidsmiljølovens regler. Den tidligere formålsbestemmelsen la til grunn et;

---

<sup>52</sup> Aml. § 1-1 bokstav b

<sup>53</sup> Aml. § 1-1 bokstav b

*”inkluderende arbeidsliv som på best mulig måte ivaretar arbeidstakernes, virksomhetens og samfunnets behov.”*<sup>54</sup>

Etter revideringen ble derimot henvisningen til virksomhetens og samfunnets behov fjernet. Begrunnelsen for ordlydsendringen var at det vil være et *brudd med arbeidsgiververnslovgivningens historiske tradisjon*<sup>55</sup> å angi virksomhets- og samfunnsmessige hensyn i formålsbestemmelsen.

Videre fremgår av de samme forarbeidene at;

*”vernebestemmelsene i loven kan ikke underordnes svingende konjunkturer eller virksomhetens økonomiske situasjon.”*

Forarbeidene gir uttrykk for at hensynet til arbeidstaker skal veie tyngst. Følgelig kan ikke nedgangstider i en virksomhet vektlegges dersom det vil undergrave arbeidstakernes vern. Uttalelsen i forarbeidene vil gjelde med stor styrke når det er tale om nedbemanninger, omstillinger eller dersom arbeidsgiver vil gjøre nødvendige sikkerhetsmessige tiltak til et økonomisk spørsmål.

På den annen side kan vi argumentere for at arbeidstakers vern ikke vil undergraves når det er tale om å *gjeninnsette* i virksomheten. I en slik situasjon vil ikke arbeidstaker ha et like sterkt behov for å bli vernet, og andre hensyn vil gjøre seg gjeldende. Som følge av dette oppstår spørsmålet om det likevel er rettmessig å vektlegge konjunkturer i virksomheten i disse tilfellene.

For det første må det påpekes at arbeidstakere som gjeninnsettes på nytt får arbeid, og dermed en mulighet til å forsørge seg selv.

For det andre vil en gjeninntredelse bety rettigheter og beskyttelse i henhold til arbeidervernlovgivningen. Det innebærer at arbeidstakernes vern *ikke* vil svekkes, men tvert imot styrkes. Argumentet taler isolert sett for at det anses rettmessig å vektlegge nedgangstider i virksomheten ved praktiseringen av kvalifikasjonsprinsippet.

Slik vi så overfor henvender ordlyden i kvalifikasjonsprinsippet seg til virksomhetens behov i nærmeste fremtid. Tross for at gjeninntredelse vil resultere i både inntekt og beskyttelse etter

---

<sup>54</sup> Ot.prp. nr. 24 (2005-2006)

<sup>55</sup> Ot.prp. nr. 24 (2005-2006)

lovgivningen, vil det derimot ikke løse utfordringene som oppstår når arbeidsgiver får valgfriheten til å anvende kvalifikasjonsprinsippet i henhold til virksomhetens kompetansebehov. Arbeidstakerne kan uansett oppleve praktiseringen som lite forutberegnelig, noe som kan bidra til å svekke deres forventninger om fortsettelse av arbeidsforholdet. Disse forholdene vil i liten grad ivareta deres vern.

I aml. § 1-1 bokstav e fremgår at loven skal bidra til å skape et *inkluderende arbeidsliv*. Det vil være naturlig å legge til grunn at ordlyden tar sikte på et vern for arbeidstakerne.

Tolkningen er i tråd med lovens forarbeider hvor det blant annet fremgår at loven ønsker å;

*”tydeliggjøre at den nye arbeidsmiljøloven på samme måte som den gjeldende er en vernelov for arbeidstakere.”*<sup>56</sup>

Ettersom loven i stor grad ønsker å ivareta arbeidstakernes vern, kan det i seg selv tale for å avskjære arbeidsgivers ønske om å ansette kompetanse som er aktuell i fremtiden. Dette begrunnes med at arbeidstakerne i tiden de er fortrinnsberettiget, vil forvente å bli gjeninnsatt, så fremt de besitter de rette kvalifikasjoner.

Dersom arbeidstakere som besitter kvalifikasjoner som virksomheten ønsker å nyttiggjøre seg i fremtiden opptar en av de ledige stillingene, vil ikke det bare svekke de forbigåtte arbeidstakernes forutberegnelighet, men også lovens formål om trygge ansettelsesforhold og likebehandling.

På den annen siden har arbeidsgiver muligheten til å avvente med ansettelsene av arbeidstakerne som besitter kvalifikasjoner for fremtiden. Dersom han avventer, vil ikke det være ensbetydende med at en av arbeidstakerne som påberopte seg forbigåelse, vil bli gjeninnsatt istedenfor. Dette taler for at arbeidstakers forventninger og forutberegnelighet i liten grad blir svekket, og at arbeidsgiver av hensyn til virksomheten selv kan avgjøre hvilken kompetanse han ønsker å gjeninnsette.

Videre må vi se hen til hvorfor lovgiver valgte å lovfeste et kvalifikasjonskrav.

Det er naturlig å legge til grunn at kravet eksisterer av hensyn til arbeidsgiver. I perioden hvor oppsagt arbeidstakere har fortrinnsrett, og arbeidsgiver får behov for ny arbeidskraft, ville et

---

<sup>56</sup> Ot.prp. nr. 24 (2005-2005) avsnitt 2.3

fravær av kvalifikasjonskravet medført at *enhver* oppsagt arbeidstaker kunne påberope seg fortrinnsrett til ny ansettelse. Det ville vært både lite hensiktsmessig og urimelig.

Tar vi i betraktning at formålet med kvalifikasjonsprinsippet er at arbeidsgiver selv skal vurdere hvilken arbeidskraft virksomheten har behov for, og dermed foreta en utvelgelse basert på de fortrinnsberettigedes kompetanse, kan det tale for at arbeidsgiver også bør ha valgfrihet med hensyn til om han vil gjeninnsette arbeidstakere som disponerer kvalifikasjoner virksomheten har behov for i dag, eller vil få behov for i fremtiden.

På den annen side kan lovens formål om at arbeidsforholdet skal være tilknyttet den enkelte arbeidstakers personlige forutsetninger,<sup>57</sup> tyde på at kvalifikasjonskravet er vedtatt også av hensyn til arbeidstaker. Arbeidstaker skal ha mulighet til å forutberegne hvorvidt han kvalifiserer for gjeninntredelse eller ikke, og på bakgrunn av den vurderingen forvente en videreføring av ansettelsesforholdet.

### **4.3.1 Konklusjon**

Tross for at Frostating lagmannsrett tolker fortrinnsretten slik at arbeidstaker som påberoper seg retten må oppfylle virksomhetens behov på ansettelsestidspunktet, vil hensynet til arbeidstaker i liten grad bli svekket dersom arbeidsgiver ønsker å ansette fremtidig kompetanse. Dette er først og fremst fordi at andre hensyn vil gjøre seg gjeldende i en gjeninnsettelsessituasjon, enn når virksomheten nedbemanner. Arbeidstaker vil i førstnevnte tilfelle ikke ha like sterkt behov for vern. Vi taler her om muligheten til å bli gjeninnsatt i arbeid og dermed på nytt bli beskyttet gjennom lovgivningen.

For det andre bør arbeidsgiver av hensyn til virksomhetens drift og lønnsomhet gis frihet til å velge hvem han ønsker å gjeninnsette, og hvilke kvalifikasjoner arbeidstakerne skal besitte – særlig når arbeidstakernes vern og lovens formål i liten grad undergraves.

På bakgrunn av de ovennevnte momenter, konkluderes det med at arbeidsgivers ønske om å gjeninnsette arbeidstakere som besitter kvalifikasjoner som er aktuelle i fremtiden, ikke vil stride mot kvalifikasjonsprinsippet.

---

<sup>57</sup> Aml. § 1-1 bokstav c

# 5 Drøftelsesplikten

## 5.1 Innledning

Arbeidsmiljøloven oppstiller enkelte saksbehandlingskrav før arbeidsgiver kan beslutte oppsigelse i virksomheten. Ett av kravene er arbeidsgivers plikt til å drøfte oppsigelsesspørsmålet med arbeidstaker, i den utstrekningen det er praktisk mulig, og med mindre arbeidstaker selv ikke ønsker det. En slik plikt fremgår av aml. § 15-1 første punktum. Når virksomheten skal foreta masseoppsigelser, gjelder det etter aml. § 15-2 annet ledd, første punktum en ytterligere drøftelsesplikt med de tillitsvalgte i virksomheten. Denneplikten kommer i tillegg til den individuelle drøftelsen arbeidsgiveren skal foreta med arbeidstakerne.

En plikt for arbeidsgiver å begi seg ut på drøftelser med arbeidstakerne, når virksomheten skal gjeninnsette fortrinnsberettigede arbeidstakere, hjemler imidlertid loven ikke. Det kan stilles spørsmål ved i hvilken grad vi ivaretar de formål og hensyn som ligger til grunn for fortrinnsrettreglene, når drøftelsesplikten ikke er et krav ved gjeninntredelse.

I dette kapittelet skal vi først foreta en rettsdogmatisk redegjørelse av hva som ligger til grunn for arbeidsgivers drøftelsesplikt (punkt 5.2). Dernest omtales den manglende drøftelsesplikten i relasjon til gjeninntredelse (punkt 5.3), før vi endelig ser hen til om manglende drøftelsesplikt ved gjeninntredelse medfører en svekkelse av det arbeidsrettslige vernet, ut fra både et rettsdogmatisk- og lovgivningspolitisk ståsted (punkt 5.4).

## 5.2 Arbeidsgivers drøftelsesplikt ved nedbemanning

Ved kollektiv rasjonalisering i en virksomhet plikter arbeidsgiver å avholde drøftelsesmøter med arbeidstakernes tillitsvalgte. Formålet med slike drøftelser er å komme frem til en avtale for å unngå masseoppsigelser, eller for å redusere antall oppsagte arbeidstakere.<sup>58</sup> Individuelle drøftelser som skal foregå personlig med arbeidstaker, har til hensikt å opplyse om oppsigelsen på best mulig måte, og unngå at beslutningsgrunnlaget skjer på bakgrunn av uriktige opplysninger.<sup>59</sup> Dersom arbeidstaker ikke hadde fått muligheten til å komme med

---

<sup>58</sup> Jakhelln, 2013, s. 450

<sup>59</sup> Compendia24. (u.å.).



innspill, ville det vanskelig medført at arbeidsgiver foretok beslutningen vedrørende oppsigelse på forsvarlig grunnlag.<sup>60</sup> Følgelig ser vi at drøftelsesreglene skal bidra til en ivaretagelse av arbeidstakernes lovmessige vern.

Fra forarbeidene fremgår at dersom det forekommer svært omfattende masseoppsigelser som medfører at individuelle drøftinger er vanskelig å gjennomføre, kan drøftingene skje på annen måte, forutsatt at hensynene bak reglene ivaretas.<sup>61</sup> Manglende drøftelsesplikt vil imidlertid ikke medføre at oppsigelsen anses ugyldig, men vil være et moment ved vurderingen av oppsigelsen anses som saklig.<sup>62</sup>

## 5.3 Fraværet av drøftelsesplikten ved gjeninntredelse

### 5.3.1 Innledning

Fra aml. § 14-2 sjette ledd fremgår at dersom det er flere fortrinnsberettigede arbeidstakere til en stilling, må utvelgelsen skje på bakgrunn av de samme kriterier som ble brukt ved rasjonaliseringen, jfr. aml. § 15-7 annet ledd. Bestemmelsen stiller krav om saklighet ved oppsigelse, og pålegger arbeidsgiver en forholdsmessighetsvurdering mellom virksomhetens behov, og de ulemper oppsigelsen påfører den individuelle arbeidstaker. En måte for arbeidsgiver å bli kjent med hvilke ulemper oppsigelsen påfører arbeidstakerne er gjennom reglene om drøftelsesplikt.

Vi omtaler arbeidervernlovgivningen som *arbeidstakernes lov*. Dette innebærer at vi hovedsakelig skal verne om dere, og deres individuelle behov i arbeidslivet. Utfordringen er at arbeidsmiljølovgivningen i dag ikke inneholder krav om at arbeidsgiver har en plikt til å avholde drøftelsesmøter med fortrinnsberettigede arbeidstakere, når han skal foreta utvelgelsen knyttet til hvem som på ny skal tilsettes i virksomheten. Arbeidstaker frarøves dermed en mulighet til å komme med innspill angående de ulempene *manglende* gjeninnsettelse kan medføre. Her oppstår spørsmålet hvorvidt arbeidstakernes vern faktisk blir ivarettatt i den grad lovgivningen tar sikte på, når både den kollektive og individuelle drøftelsesplikten er fraværende ved gjeninntredelse. Vi skal nedenunder drøfte dette

---

<sup>60</sup> Skjønberg, Hognestad, Hotvedt, 2017, s. 438

<sup>61</sup> Ot.prp. nr. 50 (1993-1994) s. 183

<sup>62</sup> Ot.prp. nr. 50 (1993-1994) s. 183

spørsmålet i lys av de formål og hensyn som ligger til grunn for fortrinnsrettreglene, og lovens formålsparagraf. Et spørsmål som vil ligge i bakgrunnen for vurderingen er hvorvidt en drøftelsesplikt bør lovfestes.

## 5.4 Medfører manglende drøftelsesplikt en svekkelse av arbeidstakernes vern

Når arbeidsgiver opplever et arbeidskraftbehov i perioden en gruppe arbeidstakere er fortrinnsberettiget, vil han gå til tiltak for å gjeninnsette det antallet arbeidstakere som er nødvendig. I samme periode kan noen av disse arbeidstakerne ha særskilte *personlige* utfordringer, som medfører at de får et påtrengende behov for arbeid, eller inntekt. Dette kan være alt fra dårlige økonomiske kår til forsørgerbyrge eller sykdom. Ett av arbeidsmiljølovens formål<sup>63</sup> omhandler arbeidsgivers tilretteleggingsplikt i arbeidsforholdet, knyttet til den enkelte arbeidstakers forutsetninger og livssituasjon. Forarbeidene presiserer at dette formål innebærer at så mange arbeidstakere som mulig skal kunne delta i arbeidslivet i henhold til sine personlige forutsetninger.<sup>64</sup>

Det kan argumenteres for at dette formålet vil svekkes all den tid arbeidstaker ikke har mulighet til å påvirke gjeninnsettelsesavgjørelsen til arbeidsgiver. Manglende drøftelsesplikt vil således ikke bidra til å fremme formålet da ”så mange arbeidstakere som mulig” ikke får muligheten til et arbeidsliv tilpasset sine individuelle behov.

Fra forarbeidene fremgår;

*” Selv om de samme reglene for utvelgelse skal legges grunn, vil den individuelle avveiningen mellom virksomhetens og arbeidstakers behov, kunne gi ulikt utfall på de nevnte tidspunkter ”<sup>65</sup>*

Når forarbeidene her taler om *de samme reglene for utvelgelse*, innebærer det at arbeidsgiver plikter å følge de samme utvelgelseskriterier ved gjeninnsettelse, som ved forutgående rasjonalisering. Under rasjonaliseringsprosessen må han foreta en forholdsmessighetsvurdering etter aml. § 15-7 annet ledd mellom det virksomhetens behov

---

<sup>63</sup> Aml. § 1-1 bokstav c

<sup>64</sup> Ot.prp nr. 49 (2004-2005) s. 71

<sup>65</sup> Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 224

for å gjennomføre nedbemanningen, mot de hensyn som gjør oppsigelsen byrdefull for arbeidstakerne.<sup>66</sup> Vurderingen har flere ganger blitt drøftet i rettspraksis, og momenter som retten i størst grad har vektlagt knyttet til saklighetsvurderingen på arbeidstakers side er ansiennitet, kompetanse, personlige egnethet, sosiale forhold og alder. Med mindre arbeidsgiver er bundet av bestemte kriterier etter tariffavtale, benyttes ofte en kombinasjon av de oppramsede kriteriene.<sup>67</sup> Forarbeidene presiserer videre at en anvendelse av de samme kriteriene for utvelgelse ved inntak er en *rimelig og hensiktsmessig regel*.<sup>68</sup>

Når vi leser hvilke kriterier som oftest blir brukt, er det nærliggende å tenke at arbeidsgiver plikter å ta hensyn til de arbeidstakere oppsigelsene vil ramme hardest. En slik forståelse vil også være i samsvar med lovens formål som omhandler arbeidsgiver tilpasningsplikt knyttet til den enkelte arbeidstakers forutsetninger og livssituasjon.<sup>69</sup> Det er da rimelig og naturlig at disse ikke skal fortrenses i utvelgelsesprosessen til fordel for andre.

Et spørsmål vi kan stille, er i hvilken grad det nevnte formål fremmes all den stund arbeidsgiver ikke er pålagt en drøftelsesplikt ved gjeninnsettelse. Vi så overfor at ett av formålene bak drøftelsesplikten er å gi arbeidstaker mulighet til å redegjøre for de ulemper en oppsigelse vil påføre han, individuelt. For en arbeidstaker som befinner seg i en sårbar posisjon, vil en mulighet til å påvirke hvem som skal gjeninnsettes kunne være av stor betydning, og kan bli avgjørende for hans videre liv.

Ettersom arbeidstaker ikke får muligheten til å foreta en drøftelse med arbeidsgiver virksomheten ved gjeninnsettelse, vil det bidra til å uthule formålet om arbeidsgivers tilpasningsplikt.

Videre kan vi stille spørsmålstegn ved om en slik praktisering vil anses for å være *rimelig og hensiktsmessig*, slik forarbeidene hevder. Det er neppe et entydig svar på spørsmålet, men så lenge drøftelsesmøter ikke er et krav ved gjeninnsettelse, vil det kunne bidra til å svekke formålet slik det er nedfelt i aml. § 1-1 bokstav b.

Drøftelsesplikten ved nedbemanning er lovfestet, jfr. aml. §§ 15-1 og 15-2. Drøftelsene skal foregå både med de tillitsvalgte og arbeidstaker selv. I møtet mellom arbeidsgiver og

---

<sup>66</sup> Arbeidsrett.no – kommentar av Stig Åkenes Johnsen og Mårten Brandsnes Faret – Aml. § 15-7 note 10

<sup>67</sup> Skjønberg, Hognestad, Hotvedt, 2017, s. 432-433

<sup>68</sup> Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 224

<sup>69</sup> Aml. § 1-1 bokstav c

tillitsvalgte vil de drøfte hvilke kriterier som skal gjelde for utvelgelsen av arbeidstakere som skal sies opp.

Det fremgår av forarbeidene til aml. § 14-2 sjette ledd;

*” Etter gjeldende rett er det heller ikke slik at arbeidsgiver uten videre kan snu rekkefølgen på listen over oppsagte ved oppbemanning ”<sup>70</sup>*

Uttalelsen innebærer at arbeidstaker i valget mellom flere fortrinnsberettigede, skal følge de samme utvelgelseskriterier ved gjeninnsettelse som ble brukt ved nedbemanning. Imidlertid heter det videre i forarbeidene at det er forholdene på tidspunktet for nyansettelse som skal legges til grunn. Dersom virksomhetens behov for kompetanse er endret, kan arbeidsgiver vektlegge det i utvelgelsen ved gjeninnsettelse.

Befinner arbeidsgiver seg i en situasjon hvor virksomhetens behov har endret seg, vil det i praksis medføre at arbeidsgiver vurderer å anvende kriteriene på en annen måte enn det som ble gjort ved oppsigelsen. Dette kan iallfall begrunne en drøftelsesplikt ved gjeninntredelse, da fravær av plikten i et slikt tilfelle vil hindre arbeidstaker i å redegjøre for sine personlige forutsetninger. Dermed kan arbeidstakere som vil rammes hardt av oppsigelsene bli fortrent til fordel for andre. Fraværet av drøftelsesplikten kan føre til en svekkelse av formålet om arbeidstakernes mulighet til et liv i arbeid, i relasjon til personlige forutsetninger og livssituasjon.<sup>71</sup>

Videre er ett annet formål bak fortrinnsrettreglene at disse skal bidra til gode og fremtidsrettede omstillingsprosesser. Som tidligere nevnt, innebærer dette at arbeidstaker i etterkant av en oppsigelse, uavhengig av om den var individuell eller kollektiv, vil ha forventninger om å bli gjeninnsatt dersom vedkommende kvalifiserer for stillingen. Arbeidsgiver har, slik vi så, ikke en drøftelsesplikt før beslutning om hvem av de fortrinnsberettigede som skal gjeninnsettes. En manglende plikt kan således føre til svekkelse av arbeidstakernes forventninger, da de ikke vil ha en reell mulighet til å påvirke avgjørelsen.

Fra forarbeidene fremgår at manglende forutsigbarhet i en omstillingsprosess kan bidra til at arbeidstaker tidlig i prosessen velger å søke seg ut av virksomheten.<sup>72</sup> En konsekvens av at

---

<sup>70</sup> Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 224

<sup>71</sup> Aml. § 1-1 bokstav c

<sup>72</sup> Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 224

arbeidstakers får sine forventninger om videreføring av ansettelsesforholdet svekket, er således at de aktivt vil søke nytt arbeid. Arbeidsgiver kan da miste arbeidstakere hvis kompetanse han kan nyttiggjøre seg i fremtiden. Formålet bak fortrinnsrettreglene som omhandler å sikre virksomheten opparbeidet kompetanse, vil dermed også svekkes.

Tross for at sistnevnte formål ikke verner om arbeidstakere, vil det likevel være en konsekvens av at arbeidstakerne får svekkede forventninger om videreføring av ansettelsesforholdet. Dermed kan en drøftelsesplikt være hensiktsmessig både av hensyn til arbeidstaker og arbeidsgiver.

På den annen side skal formålet om fremtidsrettede omstillingsprosesser gi arbeidstakere forventning om videreføring av arbeidsforholdet hvor det er *saklig grunnlag* for det.<sup>73</sup> Det er nærliggende å tenke at ett slikt grunnlag henspiller til kvalifikasjonsprinsippet. Som tidligere omtalt er arbeidstaker kun fortrinnsberettiget til en stilling han er kvalifisert for.

Arbeidstakere må selv holdes ansvarlig for å vite at de ikke kan forvente å bli gjeninnsatt i en stilling de ikke kvalifiserer for. En manglende drøftelsesplikt ved gjeninnsettelse vil dermed ikke bidra til å svekke formålet om fremtidsrettede omstillingsprosesser.

Videre kan vi se hen til hovedformålet bak fortrinnsrettreglene. Formålet omhandler å effektivisere stillingsvernet til arbeidstaker slik det er nedfelt i aml. § 1-1 bokstav b, og skal hindre arbeidsgiver i å si opp arbeidstakere, uten at det kan skje gjennom reglene om saklig oppsigelse.<sup>74</sup> Vi så overfor at drøftelsesplikten ved nedbemanning skal ivareta arbeidstakerne, og sørge for at oppsigelsene ikke skjer på uriktig grunnlag. En ”dobbel” drøftelsesplikt vil dermed gi arbeidstaker et ytterligere vern mot usaklige oppsigelser. Arbeidsgiver blir således nødt til å foreta to omganger med drøftelsesmøter, dersom behovet for ny arbeidskraft oppstår i fortrinnsrettperioden. Dette kan bidra til at han er mer nølende med å si opp arbeidstakere på grunnlag av vilkårlighet.

Det er naturlig at krav til drøftelsesplikt ved gjeninntredelse vil utløse ytterligere lovfestede mekanismer knyttet til fremgangsmåte. Som en del av både forutgående rasjonalisering, og ved gjeninnsettelse, bør arbeidsgiver bli pålagt å dokumentere valget knyttet til utvelgelsen mellom de fortrinnsberettigede. Det blir dermed enklere å overprøve arbeidsgivers beslutningsgrunnlag, og kan føre med seg færre usaklige oppsigelser da brudd på fortrinnsrettreglene kan gjøre arbeidsgiver erstatningsansvarlig.<sup>75</sup>

---

<sup>73</sup> Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 224

<sup>74</sup> Aml. § 15-7

<sup>75</sup> Aml. § 14-4 annet ledd

Drøftelsesplikt ved gjeninntredelse, i tillegg til nedbemanning, vil kunne bidra til at færre arbeidstakere blir oppsagt på vilkårlig grunnlag, og vil føre til en dobbel beskyttelse av vernet mot usaklige oppsigelser. Plikten kan således medføre en ytterligere forsterkelse av formålet om å effektivisere stillingsvernet, og vil dermed i mindre grad føre til en svekkelse av arbeidstakernes vern.

Forarbeidene til fortrinnsrettbestemmelsen presiserer imidlertid at

*”Etter en nedbemanning eller omorganisering kan det for eksempel skje endringer med hensyn til virksomhetens behov for kompetanse som vil være relevant å legge vekt på ved vurderingen av hvem som skal velges...Departementet vil derfor presisere at det er forholdene på tidspunktet for nyansettelse, og ikke oppsigelsestidspunktet, som skal legges til grunn ved vurderingen av den innbyrdes prioriteringen mellom flere fortrinnsberettigede.”<sup>76</sup>*

Vi så tidligere at arbeidsgiver må anvende de samme utvelgelseskriteriene ved oppbemanning som den forutgående rasjonaliseringen. Uttalelsen i forarbeidene kan dermed tas til inntekt for at en dobbel drøftelsesplikt ikke vil virke avskrekkende for arbeidsgiver mot å foreta usaklige oppsigelser. Dette kan begrunnes i at det er virksomhetens behov på ansettelsestidspunktet som er både utløsende, og styrende, for valget mellom de fortrinnsberettigede. Det medfører at arbeidstaker som tidligere ble oppsagt på usaklig grunnlag nå kan bli nektet gjeninnsettelse på *saklig* grunnlag. Forarbeidene illustrerer således at arbeidsgiver rettmessig kan begrunne en forbigåelse av arbeidstaker, som ble sagt opp på usaklig grunnlag, i at vedkommende ikke oppfyller virksomhetens behov slik det er på ansettelsestidspunktet.

Ettersom drøftelsesplikten ikke nødvendigvis vil hindre arbeidsgiver i å foreta usaklige oppsigelser, vil plikten heller ikke føre til å forsterke formålet om et effektivisert stillingsvern.

På den annen side kan uttalelsen i forarbeidene, at det er virksomhetens behov på ansettelsestidspunktet som må legges til grunn, bidra til sikkerhet for arbeidstakere som ble oppsagt på usaklig grunnlag. En drøftelsesplikt ved gjeninnsettelse vil kunne avklare hvilke kvalifikasjoner arbeidstaker har, samtidig som beslutningsgrunnlag kan utredes i det omfang det bør. Dersom de kvalifiserer for stillingen som skal besettes, og dermed oppfyller virksomhetens behov på dette tidspunkt, vil de på nytt være berettiget til arbeid.

---

<sup>76</sup> Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 224

Drøftelsesplikten vil dermed kunne hindre arbeidsgiver i å foreta en avgjørelse, av hvem som skal gjeninnsettes, på usaklig grunnlag. Usaklig grunnlag her vil innebære å forbigå en ellers kvalifisert arbeidstaker ved gjeninntredelse.

En drøftelsesplikt ved gjeninnsettelse vil bidra til å styrke formålet om et effektivt stillingsvern. Fravær av drøftelsesplikten kan således svekke vernet til arbeidstakerne.

Det kan imidlertid være svært ressurskrevende for virksomheten dersom den pålegges en drøftelsesplikt også ved gjeninnsettelse. Dette vil særlig gjelde når vi står overfor mange fortrinnsberettigede arbeidstakere.

Rimelighetsbetraktninger tilsier at slike regler ikke bør bli for absolutte i den forstand at arbeidsgiver pålegges å foreta alle mulige tiltak for å sikre at vernet til arbeidstakerne ivaretas. Krav til drøftelsesplikten ved gjeninntredelse kan resulterer i at arbeidsgiver unnlater å foreta nye ansettelser, ettersom prosessen vil oppleves omstendelig. Det kan dermed føre til at fortrinnsberettigede arbeidstakere mister mulighet til gjeninntredelse – en mulighet som de ellers kunne hatt dersom drøftelsesplikten ikke forelå. Konsekvensene kan føre til at drøftelsesplikten, i stede for å fremme arbeidstakernes vern, vil motarbeide det.

På den annen siden kan det hevdes å være til arbeidsgivers egen fordel å lovfeste drøftelsesplikt ved gjeninntredelse. Som tidligere nevnt, vil en drøftelsesplikt føre til at beslutningsgrunnlaget, sammen med arbeidstaker, vil utredes så langt det er nødvendig, og før avgjørelsen finner sted. Så fremt arbeidsgiver baserer utvelgelsen på saklighet, vil han ikke ha noe å frykte dersom en arbeidstaker senere, urettmessig, reiser innsigelser om forbigåelse. Arbeidsgiver kan da vise til drøftelsesmøte mellom partene og bevise sin påståtte uskyld.

#### **5.4.1 Konklusjon**

Etter en samlet vurderingen konkluderes det med at manglende drøftelsesplikt vil medføre en svekkelse av arbeidstakernes vern. Det legges særskilt vekt på at arbeidsmiljølovgivningen er en *vernelovgivning*. Den skal i høyest mulig utstrekning ivareta hensynet til arbeidstaker. Dersom en drøftelsesplikt ikke lovfestes i foreliggende situasjon, vil ikke arbeidstakere i tilstrekkelig grad får mulighet til å bli vurdert til gjeninnsettelse ut fra deres *individuelle* behov. Drøftelsesplikten fører følgelig til et ytterligere, og forsterket vern, for arbeidstakere.

# 6 Arbeidsgivers informasjonsplikt – rekkevidde og fremgangsmåte

## 6.1 Innledning

Reglene om arbeidstakers fortrinnsrett kan ikke sees isolert fra arbeidsgivers informasjonsplikt.<sup>77</sup> En slik plikt fremgår av aml. § 14-1 heter det at *arbeidsgiver skal informere arbeidstakerne om ledige stillinger i virksomheten*. En naturlig forståelse av ordlyden tilsier en generell informasjonsplikt, som kun omfatter arbeidstaker i virksomheten, og således ikke de fortrinnsberettigede. Det fremgår imidlertid i rettspraksis at arbeidsgiver også må opplyse *oppsagte* arbeidstakere om ledige stillinger.<sup>78</sup> Ordlyden gir imidlertid ingen veiledning angående fremgangsmåten eller rekkevidden til informasjonsplikten.

I forarbeidene til bestemmelsen presiseres;

*”På den annen side stilles det ikke krav om omfattende informasjonstiltak. Det er tilstrekkelig med en generell meddelelse som f.eks. slås opp på et sentralt sted i virksomheten, legges ut på internett/intranett eller publiseres i et internblad. Det kreves m.a.o. ikke at informasjonen skal formidles individuelt til den enkelte arbeidstaker.”<sup>79</sup>*

Uttalelsen kan tas til inntekt for at informasjonsplikten er av generell art. Den krever ikke at arbeidsgiver personlig skal overlevere informasjon til arbeidstaker om ledige stillinger i virksomheten.

Arbeidstakere som blir oppsagt som ledd i masseoppsigelser som er begrunnet i virksomhetens forhold, kan oppleve oppsigelsen svært byrdefull. All den stund loven oppstiller en generell informasjonsplikt, og arbeidsgiver ikke er pålagt å orientere fortrinnsberettigede arbeidstakere direkte om ledige stillinger i virksomheten, kan vi oppstille spørsmålet hvorvidt lovgiver bør lovfeste en *skjerpet* informasjonsplikt. Spørsmålet skal

---

<sup>77</sup> Skjønberg, Hognestad, Hotvedt, 2017, s. 141

<sup>78</sup> RG 2012.712

<sup>79</sup> Ot.prp. nr. 64 (2001-2002) kapittel 3.3.1, s. 4



nedenunder i punkt 5.3 drøftes på bakgrunn av lovens formål og hensynene bak det arbeidsrettslige vernet.

I dette kapitlet skal vi først foreta en rettsdogmatisk redegjørelse av den lovfestede informasjonsplikten (punkt 6.2). Deretter skal vi foreta en rettspolitisk drøftelse, med innslag av rettsdogmatikk, av hvorvidt lovgiver bør lovfeste en skjerpet informasjonsplikt når arbeidstaker blir sagt opp (punkt 6.3).

## 6.2 Den lovfestede informasjonsplikten

### 6.2.1 Arbeidsmiljøloven § 14-1

Reglene om arbeidstakers fortrinnsrett kan ikke sees isolert fra arbeidsgivers informasjonsplikt.<sup>80</sup> En slik plikt fremgår av aml. § 14-1 heter det at *”arbeidsgiver skal informere arbeidstakerne om ledige stillinger i virksomheten.”* En naturlig forståelse av ordlyden tilsier at en slik plikt kun omfatter arbeidstaker i virksomheten, og således ikke de fortrinnsberettigede. Det fremgår likevel i rettspraksis at arbeidsgiver også må opplyse *oppsagte* arbeidstakere om ledige stillinger.<sup>81</sup> Ordlyden gir imidlertid ingen veiledning angående fremgangsmåten eller rekkevidden til informasjonsplikten.

I forarbeidene til bestemmelsen presiseres;

*”På den annen side stilles det ikke krav om omfattende informasjonstiltak. Det er tilstrekkelig med en generell meddelelse som f.eks. slås opp på et sentralt sted i virksomheten, legges ut på internett/intranett eller publiseres i et internblad. Det kreves m.a.o. ikke at informasjonen skal formidles individuelt til den enkelte arbeidstaker.”*<sup>82</sup>

Uttalelsen kan tas til inntekt for at informasjonsplikten er av generell art. Den krever ikke at arbeidsgiver personlig skal overlevere informasjon til arbeidstaker om ledige stillinger i virksomheten.

---

<sup>80</sup> Skjønberg, Hognestad, Hotvedt, 2017, s. 141

<sup>81</sup> RG 2012.712

<sup>82</sup> Ot.prp. nr. 64 (2001-2002) kapittel 3.3.1, s. 4

## 6.2.2 Arbeidsmiljøloven § 14-2

Slik vi allerede kjenner til er det aml. § 14-2 som formidler arbeidstakers rett til fortrinn. Bestemmelsen regulerer imidlertid ikke hvordan arbeidsgiver må gå frem når han skal informere oppsagte arbeidstakere om ledige stillinger i virksomheten. Som nevnt overfor, må derfor fortrinnsrettbestemmelsen sees i sammenheng med arbeidsgiverens generelle informasjonsplikt, slik den fremgår av aml. § 14-1.

Tross for at ordlyden i § 14-2 er taus, gir imidlertid forarbeidene til 1977-loven en presisering. Her fremgår at arbeidstaker bør;

*”gi opplysninger om sin adresse, slik at han kan nås med et eventuelt tilbud om arbeid. Arbeidsgiver vil ikke ha plikt til å etterlyse vedkommende.”<sup>83</sup>*

Forarbeidene forstås dithen at arbeidstaker selv plikter å holde seg orientert om nye stillinger som blir ledige i virksomheten, og som han kan ha fortrinnsrett til. Arbeidsgiver må således benytte seg av kontaktinformasjonen som arbeidstaker etterlater ved fratreden. Det stilles, i likhet med aml. § 14-1, ingen krav for arbeidsgiver personlig å overlevere informasjonen.

## 6.3 Bør en skjerpet informasjonsplikt lovfestes til fordel for fortrinnsberettigede arbeidstakere?

I en dom avsagt i Borgarting lagmannsrett<sup>84</sup> gjaldt spørsmålet brudd på fortrinnsretten. En studiekonsulent som ble oppsagt som følge av at virksomheten hun arbeidet i gikk konkurs, reiste erstatningskrav mot virksomheten med den påstand om at de brutt hennes rett til fortrinn.

I relasjon til informasjonsplikten uttaler retten;

*”Etter arbeidsmiljøloven § 14-1 skal arbeidsgiver orientere arbeidstakerne om ledige stillinger i virksomheten. For en arbeidstaker som er oppsagt, er det rimelig å forvente at orienteringen går direkte til arbeidstaker, per post, epost eller telefon.”*

---

<sup>83</sup> Ot.prp. nr. 41 (1975-76) s. 79

<sup>84</sup> RG 2012.726

Lagmannsretten oppstiller en skjerpet informasjonsplikt vedrørende ledige stillinger i virksomheten, når arbeidstaker blir sagt opp. Det er tilsynelatende irrelevant hvilket medium arbeidsgiver velger å ta i bruk, så fremt arbeidstaker orienteres *direkte*.

Tidligere så vi at forarbeidene til bestemmelsen har en annen tilnærming til arbeidsgivers informasjonsplikt; informasjon om ledige stillinger må *ikke* gå direkte til arbeidstaker.

Lagmannsretten fremmer imidlertid et motsatt syn.

Det kan oppstilles spørsmål til hvorvidt uttalelsen til lagmannsretten fremmer et motsatt syn av det som fremgår i forarbeidene, eller om det kun er ment som en presisering av informasjonsplikten i tilknytning til oppsigelse. Det naturlige er å betrakte uttalelsen som en presisering av den generelle informasjonsplikten. Aml. § 14-1 hjemler informasjon i forbindelse med ansettelse. Lagmannsretten uttaler imidlertid at ved *oppsigelse* må informasjonen bli meddelt arbeidstaker direkte. Det er rimelig å ta et slikt standpunkt, ettersom arbeidstakernes stillingsvern står sterkere ved oppsigelse, enn ved ansettelse.

Retten uttalte videre at arbeidsgiver ikke hadde oppfylt informasjonsplikten sin i relasjon til arbeidstaker ved å utlyse stillingen gjennom offentlige kanaler mv. Arbeidsgiver må således selv ”*bære risikoen for at arbeidstaker ikke ble kjent med utlysningen.*”

Uttalelsen kan tas til inntekt for at et ansvar vil hvile på arbeidsgiver dersom virksomheten av ulike grunner har måtte rasjonalisere, men senere ikke informerer de fortrinnsberettigede om ledige stillinger de har et rettskrav på. Når arbeidstakere blir oppsagt, vil det ikke være like enkelt å holde seg løpende orientert om ledige stillinger i virksomheten. Dette gjelder i motsetning til arbeidstaker som arbeider i virksomheten og som har tilgang til intern informasjon. En generell informasjonsplikt vil i det tilfelle være tilstrekkelig. Det vil derfor være på sin plass at arbeidsgiver etter oppsigelse får plikt til å opplyse arbeidstaker *direkte*. En skjerpet informasjonsplikt må i slike tilfeller anses for å være rimelig, da den ved lovfesting vil ivareta arbeidstakers stillingsvern.

På den annen siden kan en lovfesting medføre store utfordringer for arbeidsgiver. Vi taler her om fortrinnsberettigede arbeidstakere som har blitt oppsagt som ledd i en *masseoppsigelse*. Dersom arbeidsgiver pålegges en skjerpet informasjonsplikt som medfører at informasjon om ledige stillinger i virksomheten må meddeles direkte til hver enkelt fortrinnsberettiget arbeidstaker, kan det medføre omfattende bruk av ressurser. Sett fra virksomhetens side kan en skjerpet informasjonsplikt i disse tilfeller hindre dens effektivitet. Arbeidsgiver vil tvinges til å informere direkte, hver gang en ny ansettelse skal finne sted.

Videre må vi likevel se hen til ringvirkningene en masseoppsigelse fører med seg for arbeidstakere og deres livssituasjon. Når loven opererer med en generell informasjonsplikt, kan det medføre en ytterligere påkjenning for disse; de kan føle seg tvunget til å aktivt holde seg orientert om ledige stillinger i virksomheten, og kan kjenne på en frykt for å overse, og dermed miste muligheten til gjeninntredelse. En skjerpet informasjonsplikt vil bidra til å fremme lovens formål om trygge ansettelsesforhold, og dermed ivareta arbeidstakeres stillingsvern. Arbeidstakerne kan da forvente å bli informert når ledige stillinger skal besettes.

Imidlertid kan arbeidsgiver vegre seg mot nye ansettelser av fortrinnsberettigede arbeidstakere, da en skjerpet informasjonsplikt kan føles svært belastende. Plikten kan dermed få en annen effekt enn tilsiktet. Arbeidsgiver kan ved oppbemanningsbehov velge å benytte seg av arbeidstakere som allerede er tilsatt i virksomheten, i stede for å gjeninnsette oppsagte som har fortrinnsrett. Disse kan bli pålagt mye overtidsarbeid, men det vil likevel være en måte for arbeidsgiver å unngå den skjerpede informasjonsplikten på.

I et slikt tilfelle kan det stilles spørsmål til hvorvidt arbeidsgiver omgår reglene om fortrinnsrett, eller om valget, i kraft av styringsretten, alene er hans. Det er nærliggende å tenke at arbeidsgiver selv må avgjøre om det er nødvendig med flere arbeidstakere, eller om det antall arbeidstakere han allerede har er tilstrekkelig til å fylle et bemanningsbehov. Det kan således argumenteres for at regelverket ikke omgås, og at arbeidstakernes stillingsvern ivaretas.

Videre kan vi se hen til fortrinnsrettsreglens formål som omhandler arbeidstakers forventninger om videreføring av arbeidsforholdet. I ett år etter masseoppsigelsen, vil arbeidsgiver med grunnlag i reglene om fortrinnsrett, ha et lovfestet ansvar for benytte seg av oppsagte arbeidstakere dersom han skal oppbemanne. Slik vi så, vil arbeidstakere også ha en *forventning* om gjeninnsettelse. Det vil være rimelig å kreve at arbeidsgiver av hensyn til en slik forventning, blir pålagt en skjerpet informasjonsplikt. Ikke bare vil en slik plikt medføre en ivaretagelse av nevnte formål, det vil også bidra til å fremme formålet om trygge ansettelsesforhold.

Det kan derimot være svært utfordrende for arbeidsgiver å holde oversikt over alle fortrinnsberettigede arbeidstakerne, etter en eller flere runder med masseoppsigelser. Det vil således tale mot å lovfeste en skjerpet informasjonsplikt da det kan medføre en rekke praktiske problemstillinger knyttet til hvordan informasjonsplikten skal materialiseres. Vi så

overfor at forarbeidene til aml. § 14-2 oppfordrer oppsagte arbeidstakere å legge igjen kontaktinformasjon. De pålegger derimot *ikke* arbeidsgiver en plikt til å etterlyse vedkommende dersom de ikke har etterlatt slik informasjon. Hvilken informasjonsplikt fra arbeidsgiver vil således gjelde når arbeidstaker unnlater å ta oppfordringen til følge?

For ordens skyld skal det nevnes at arbeidsgiver etter personopplysningsloven<sup>85</sup> § 28 har adgang til å oppbevare opplysninger om tidligere ansatte så lenge det er *nødvendig* for å gjennomføre formålet med behandlingen. En arbeidstaker vil i etterkant av oppsigelsen ha fortrinnsrett, og det må anses nødvendig å ha personopplysninger om vedkommende så lenge fortrinnsrettperioden pågår.

Tar vi ordlyden i forarbeidene til aml. § 14-2 til følge, vil ikke arbeidsgiver pålegges en skjerpet informasjonsplikt da arbeidstaker velger ikke å etterlate sin kontaktinformasjon ved fratredelse. I slike tilfeller må en generell informasjonsplikt anses tilstrekkelig.

På den annen side uttalte lagmannsretten at arbeidsgiver må *bære risikoen* for at informasjonsplikten ikke har kommet frem til arbeidstaker.<sup>86</sup> Uttalelsen forstås dithen at arbeidsgiver, uavhengig av hvilke problemstillinger en skjerpet informasjonsplikt reiser, likevel må orientere arbeidstakere direkte om ledige stillinger i virksomheten. Det er rimelig at lagmannsrettens her hensynstar arbeidstaker fremfor arbeidsgiver, da disse ble oppsagt grunnet forhold i virksomheten.

Som nevnt, tar reglene om fortrinnsrett sikte på å gi oppsagte arbeidstakere en forventning om videreføring av ansettelsesforholdet. I en masseoppsigelsessituasjon vil det være mange arbeidstakere som er fortrinnsberettiget. Dersom arbeidsgiver ikke pålegges en skjerpet informasjonsplikt, kan det føre til at ansatte som i best grad er kvalifisert for stillingene, og som forventer en videreføring av ansettelsesforholdet, ikke blir del av utvelgelseskretsen ved gjeninnsettelse. Disse arbeidstakere kan få sine forventninger svekket idet informasjonsplikten er av generell karakter.

Likevel legger forarbeidene til grunn at;

*”kravet om skikkethet ikke skal innebære noe mer enn at arbeidstakeren må ha de ferdigheter som normalt forutsettes for det aktuelle arbeid”<sup>87</sup>*

---

<sup>85</sup> Lov av 14.4.2000 om behandling av personopplysninger nr. 31 (Personopplysningsloven)

<sup>86</sup> RG 2012.726

<sup>87</sup> Ot.prp. nr. 41 (1975-76) s. 79

Det foreligger altså ingen krav om at de best kvalifiserte arbeidstakere skal gjeninnsettes. At forarbeidene uttaler seg slik, medfører dermed at den generelle informasjonsplikten ikke vil bidra til å svekke forventningene til disse arbeidstakere. Således vil det ikke være nødvendig å lovfeste en skjerpet plikt.

Til tross for at forarbeidene ikke krever at de *best kvalifiserte* arbeidstakere må gjeninnsettes, kan en generell informasjonsplikt likevel medføre en svekkelse av deres forventninger og dermed formålet om fremtidsrettede omstillingsprosesser.

Slik vi tidligere så, vil det ikke være like enkelt å holde seg orientert om utlysninger i virksomheten når arbeidstaker har blitt sagt opp. Dersom arbeidsgiver ikke er pålagt en skjerpet informasjonsplikt, kan det medføre at enkelte fortrinnsberettigede arbeidstakere ikke blir vurdert til gjeninnsettelse sammen med øvrige søkere. Særlig i en masseoppsigelsissituasjon kan det være urimelig overfor arbeidstakere som ikke deltar i utvelgelsen.

At arbeidstakere ikke vurderes som ledd i utvelgelsesprosessen, fordi de ikke har fått informasjon om ledige stillinger, kan bidra til at virksomheten må nyttiggjøre seg av arbeidstakere med svakere kvalifikasjoner. Det kan således også være i virksomhetens interesse at arbeidsgiver besitter en skjerpet informasjonsplikt.

Arbeidsgiver kan i rasjonaliseringsprosessen ønske å kvitte seg med uønsket arbeidskraft, men hvor oppsigelsen ikke vil anses saklig. Ved nyansettelse kan det være ønskelig ikke å gjeninnsette disse arbeidstakere. En generell informasjonsplikt kan således bidra til at arbeidsgiver kun velger å utlyse ledige stillinger internt, og på et sted hvor de fortrinnsberettigede ikke har tilgang. En slik praktisering vil i henhold til ordlyden i aml. § 14-1 være rettmessig. Problemet er derimot at den vil medføre en omgåelse av reglene om fortrinnsrett.

Også i relasjon til den teknologiske utviklingen vil det gjøre det lettere å kreve av arbeidsgiver at informasjon vedrørende ledige stillinger i virksomheten direkte overbringes oppsagte arbeidstakere.

Således ser vi en skjerpet informasjonsplikt ikke bare vil forsterke arbeidstakeres rettmessige krav til fortrinn til ny ansettelse, men det vil også være enklere å praktisere en slik

informasjonsplikt i dag. Begge disse argumentene taler for å lovfeste en skjerpet informasjonsplikt til fordel for fortrinnsberettigede arbeidstakere.

### **6.3.1 Konklusjon**

Når arbeidsgiver har behov for å nedbemanne grunnet virksomhetens forhold, bør også han pålegges byrden med å holde oppsagte arbeidstakere informert om nye stillinger de kan være fortrinnsberettiget til. En skjerpet informasjonsplikt vil også medføre at det blir vanskeligere for arbeidsgiver å unngå regelverket. På den måten ivaretas de hensyn som reglene om fortrinnsrett har til formål å ivareta.

På bakgrunn av den foregående drøftelse konkluderes med at loven bør oppstille en skjerpet informasjonsplikt overfor fortrinnsberettigede arbeidstakere når de sies opp som ledd i masseoppsigelse.

# Litteraturliste

## AFTENPOSTEN:

Bjørnestad, S. 9. mars, 2017. *47.000 jobber rammet av oljenedturen*. Hentet fra <https://www.aftenposten.no/okonomi/i/M0aBR/47000-jobber-rammet-av-oljenedturen-Men-ledigheten-okte-bare-med-15000>

## ARBEIDSRETT.NO

Jakhelln, Henning. Kommentar til aml. § 1-1 bokstav c. Hentet fra arbeidsrett.no, 12. mai .2018. Hentet fra <http://www3.arbeidsrett.no/dxp/content/aml/1/2/#i1002115>

Benonisen, P. (u.å). Kommentar til aml. § 15-2. Hentet fra arbeidsrett.no, 12. april 2018. Hentet fra <http://www3.arbeidsrett.no/dxp/content/aml/17/3/#i1007717>

Gimmingsrud, Kari. Kommentar til aml. § 14-2. Hentet fra arbeidsrett.no, 12. mai, 2018. Hentet fra <http://www3.arbeidsrett.no/dxp/content/aml/15/4/#i1006197>

Johnsen, Stig Åkenes og Brandsnes, Mårten Faret. Kommentar til aml. § 15-7. Hentet fra arbeidsrett, 2. mai, 2018. Hentet fra <http://www3.arbeidsrett.no/dxp/content/aml/17/8/#i1019463>

## COMPENDIA24:

Compendia24. (u.å). *Oppsigelse på grunn av virksomhetens forhold – nedbemanning*. Hentet fra <http://www.compendia24.no/compendia24/personal.nsf/content?ReadForm&page=COMH-7KHGTY>

Compendia24. (u.å). *Drøftelsesmøte med arbeidstaker*. Hentet fra <http://www.compendia24.no/compendia24/personal.nsf/content?ReadForm&page=cedo-57d114fea8fd8>

## FORARBEID:

Ot.prp. nr. 24 (2005-2006) - *om lov om endringer i lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven)*

Ot.prp. nr. 41 (1975-1976) - *Om arbeidstid, oppsigelsesvern, arbeidstilsyn m.v. i lov om arbeidervern og arbeidsmiljø*



Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) - *om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv.*  
(*arbeidsmiljøloven*)

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. 64 (2001-2002) - *Om lov om endringer i lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern  
og arbeidsmiljø m.v. (informasjon om ledige stillinger)*

### **JUSLEKSIKON:**

Ukjent. (2017). Skjønn. *Jusleksikon.no*. Hentet fra <https://jusleksikon.no/wiki/Skjønn>

### **JUSSTORGET:**

Svensson, B. Masseoppsigelser. *Jusstorget*, 2009.

### **LITTERATUR:**

Bernt, Jan Fridtjof og Ørnulf Rasmussen. (2011). *Frihagens forvaltningsrett*. Bergen. Fagbokforlaget.

Fanebust, Arne. (2017). *Oppsigelse i arbeidsforholdet*. Oslo. Universitetsforlaget.

Jakhelln, Henning. (2013). *Oversikt over arbeidsretten, 4. utgave*. Cappelen Damm.

Skjønberg, Alexander Næss, Hognestad, Eirik og Hotvedt, Marianne Jenum. (2017). *Individuell arbeidsrett*. Oslo. Gyldendal Juridisk.

Hirst, Holthe Marion og Lønneid, Ivar Sven. (2017) *Arbeidsrett i et nøtteskall*. Oslo. Gyldendal juridisk.

### **NETTSIDE:**

Vangerud, Tønsberg Lise. *Produktivt arbeidsmiljø. Tallet som skremmer ledere*. Hentet fra <https://lederne.no/2017/05/26/tallet-skremmer-ledere/>

Virke. *Reservasjons- og valgrett i forbindelse med virksomhetsoverdragelse*. Hentet fra <https://www.virke.no/lovverk-radgiving/jus-arbeidsliv/fagartikler/reservasjons--og-valgrett-i-forbindelse-med-virksomhetsoverdragelse/>

### **NOU:**

NOU 2004:5. (2004). *Arbeidslivslovutvalget. Et arbeidsliv for trygghet, inkludering og vekst*. Hentet fra <https://lovdata.no/pro/static/NOU/nou-2004-05.pdf>

### **NORSK LOVKOMMENTAR:**

Borgerud, I M. (2014, 11. august). Kommentar til arbeidsmiljøloven. Hentet i Norsk lovkommentar, 4. april 2018, hentet fra [www.rettsdata.no](http://www.rettsdata.no)

Borgerud, I M. (2014, 11. august). Kommentar til arbeidsmiljøloven. Hentet i Norsk lovkommentar, 22. mai 2018, hentet fra [www.rettsdata.no](http://www.rettsdata.no)

### **REGJERINGEN – STATSMINISTERENS KONTOR:**

Utviklingen av arbeidervernlovgivningen, 2017. Hentet 29. april 2018 fra

<https://www.regjeringen.no/no/tema/arbeidsliv/arbeidsmiljo-og-sikkerhet/innsikt/arbeidsmiljolooven/utvikling-arbeidervernlovgivning/id448286/>

### **RETTSPRAKSIS:**

Rt. 1984.1044 – Tupperware-dommen

Rt. 1990.1126

Rt. 2000.1602 (Nøkk-dommen)

Rt. 2003.1754

RG 2004.776

RG 2012.726

RG 2012.712

### **SNL:**

Stoltz, Gerhard (2014, 28. mai) Konjunktur, I Store norske leksikon. Hentet 12. april 2018 fra <http://snl.no/konjunktur>.

Forvaltningsskjønn. (2016. 2. april). I Store norske leksikon. Hentet 14. mai 2018 fra <https://snl.no/forvaltningsskjønn>

Gisle, Jon. (2018, 20. februar). Prejudikat. I Store norske leksikon. Hentet 22. mai 2018 fra <https://snl.no/prejudikat>

De lege lata. (2018, 20. februar). I Store norske leksikon. Hentet 25. mai 2018 fra [https://snl.no/de\\_lege\\_lata](https://snl.no/de_lege_lata)

De lege ferenda. (2018, 20. februar). I Store norske leksikon. Hentet 25. mai 2018 fra [https://snl.no/de\\_lege\\_ferenda](https://snl.no/de_lege_ferenda)

Falkanger, Thor. (2017, 29. juni). Rettskilder. I Store norske leksikon. Hentet 1. Juni 2018 fra <https://snl.no/rettskilder>