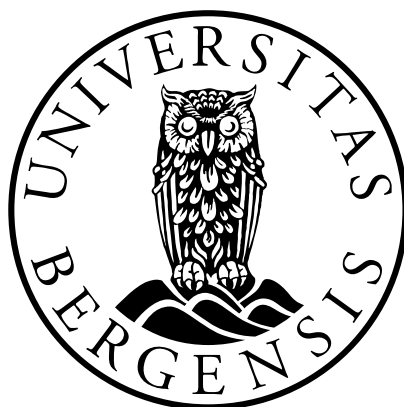


# Trepartskonflikter ved arbeidsgivers urettmessige opphør av arbeidsforholdet

*En analyse av utvalgte materielle og prosessuelle spørsmål*

Kandidatnummer: 65

Antall ord: 14982



JUS399 Masteroppgave  
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

10. mai 2019

# Innholdsfortegnelse

<b>1</b>	<b>Innledning .....</b>	<b>3</b>
1.1	Tema og problemstilling .....	3
1.2	Begrepsavklaringer og avgrensninger .....	4
1.3	Den videre fremstillingen.....	6
<b>2</b>	<b>Noen rettslige utgangspunkter .....</b>	<b>8</b>
2.1	Arbeidsgivers adgang til å avslutte arbeidsforholdet .....	8
2.2	Virkninger av arbeidsgivers urettmessige opphør av arbeidsforholdet.....	10
2.2.1	Hovedregel om ugyldighet .....	10
2.2.2	Retten til å fortsette i stillingen under sakens behandling .....	11
<b>3</b>	<b>Trepartskonfliktens materielle side .....</b>	<b>14</b>
3.1	Generelle betraktninger .....	14
3.1.1	Arbeidsmiljølovens utgangspunkt.....	14
3.1.2	Betydningen av at arbeidsgiver har tatt forbehold om fratreden.....	14
3.1.3	Forbehold ved ansettelsen av virksomhetens øverste leder .....	16
3.2	Trepartskonflikten i normalsituasjonen.....	18
3.2.1	Generelle utgangspunkter .....	18
3.2.2	Har A og B den samme retten til den omtvistede stillingen?.....	19
3.2.3	Betydningen av unntaksbestemmelsene i aml. § 15-12 (1) andre punktum og § 15-14 (3) andre punktum.....	22
3.3	Ledende og særlig uavhengige stillinger.....	25
3.4	Rettslige skranker for å ha flere ansatt i samme stilling .....	30
<b>4</b>	<b>Trepartskonfliktens prosessuelle side.....</b>	<b>32</b>
4.1	Innledning.....	32
4.2	Tvungent prosessfellesskap – allmenne synspunkter.....	32
4.3	Tvungent prosessfellesskap i opphørstvister.....	35
4.3.1	Generelle utgangspunkter .....	35
4.3.2	Tvungent prosessfellesskap hvor arbeidsgiver har tatt et forbehold .....	36

4.3.3	Tvungent prosessfellesskap i normalsituasjonen .....	37
4.3.4	Tvungent prosessfellesskap utenfor normaltilfellet .....	38
4.3.5	Rettslige implikasjoner av Undervisningsinspektørdommen.....	39
<b>5</b>	<b>Avsluttende refleksjoner .....</b>	<b>45</b>
	<b>Litteraturliste.....</b>	<b>46</b>

# 1 Innledning

## 1.1 Tema og problemstilling

Temaet for oppgaven er rettsvirkningene av arbeidsgivers urettmessige opphør av arbeidsforholdet. Oppgaven søker å besvare et utvalg av de materielle og prosessuelle spørsmålene som kan oppstå der arbeidsgiver på urettmessig vis har brakt arbeidsforholdet til opphør.

Dersom en oppsagt eller avskjediget arbeidstaker reiser søksmål mot arbeidsgiver innen visse frister, vil retten kunne overprøve oppsigelsens eller avskjedens rettmessighet. Skulle retten komme til at det har funnet sted en usaklig oppsigelse eller en urettmessig avskjed, er hovedregelen i norsk rett at arbeidstakeren har rett til å fortsette i stillingen. Hvis arbeidstaker ikke har stått i stillingen mens saken verserte, kan vedkommende i utgangspunktet kreve gjeninntreden.

I oppgaven skal jeg se nærmere på de tilfellene hvor arbeidstaker av en nærmere bestemt grunn ikke har stått i stillingen mens opphørstvisten ble behandlet, og får medhold i at arbeidsgivers oppsigelse eller avskjed var urettmessig. I mellomtiden har imidlertid arbeidsgiver gått til ansettelse av en ny arbeidstaker i den oppsagte eller avskjedigete arbeidstakerens stilling. Dersom sistnevnte ønsker gjeninntreden i stillingen, kan det oppstå en *treparskonflikt* mellom arbeidsgiver, den oppsagte eller avskjedigete og den nyansatte. En slik konflikt reiser komplekse materielle og prosessuelle spørsmål. Innenfor rammene av denne oppgaven ville det føre for langt å drøfte alle de spørsmålene som kan aktualisere seg. Jeg har derfor valgt å analysere noen av de mest sentrale problemstillingene i slike trepartsforhold.

Det vesentligste spørsmålet i slike opphørstilfeller er hvordan *det materielle hovedspørsmålet* skal løses, nemlig hvilken arbeidstaker som har krav på den omstridte stillingen. Dette spørsmålet vil vies størst oppmerksomhet i det følgende. Ved vurderingen av det materielle hovedspørsmålet oppstår en rekke underproblemstillinger som jeg vil komme nærmere inn på nedenfor i kapittel 1.3.

Et særskilt *prosessuelt spørsmål* i tilfeller hvor arbeidsgiver har ansatt en ny arbeidstaker i stillingen til den oppsagte eller avskjedigete, er om den oppsagte eller avskjedigete kan nøye seg med å saksøke arbeidsgiver i et ugyldighets søksmål, eller om det er nødvendig å trekke inn også den nyansatte i søksmålet. Med sivilprosessuell

terminologi er vurderingstemaet om det er *tvungent prosessfelleskap* i slike tilfeller. Dette utgjør oppgavens prosessuelle hovedspørsmål. I kapittel 1.3 vil jeg gjøre ytterligere rede for hvordan dette spørsmålet skal behandles i oppgaven.

## 1.2 Begrepsavklaringer og avgrensninger

Ettersom oppgaven overordnet sett tematiserer virkningene av arbeidsgivers urettmessige opphør av arbeidsforholdet, vil forutsetningen i hoveddelen være at arbeidstaker har bestridt rettmessigheten av opphørsbeslutningen og fått rettens medhold i at oppsigelsen eller avskjeden var urettmessig. I den grad det forutsettes noe annet i det videre, vil det presiseres eksplisitt.

I utgangspunktet skiller jeg ikke mellom ulike former for opphør. Det er slik sett uten betydning om arbeidsgiver har gått til oppsigelse eller avskjed av den aktuelle arbeidstakeren. Det sentrale er at arbeidsforholdet er brakt til opphør. I visse sammenhenger kan det imidlertid tenkes å ha betydning for de materielle spørsmålene om opphøret har skjedd i form av oppsigelse eller avskjed. Hvis det er tilfellet, vil det fremgå klart av sammenhengen.

En annen vesentlig forutsetning er at den oppsagte eller avskjedigete arbeidstakeren ikke har fortsatt i stillingen under saksgangen. Dersom vedkommende står i stillingen mens saken verserer, vil arbeidsgiver ikke ha anledning til å ansette noen andre i den aktuelle stillingen, og en trepartskonflikt vil derfor ikke oppstå. I norsk rett er hovedregelen ved oppsigelse at arbeidstaker har rett til å stå i stillingen helt frem til oppsigelsestvisten er avgjort av domstolene, jf. arbeidsmiljøloven (heretter «arbeidsmiljøloven» eller «aml.») § 15-11 (2) første punktum. Hovedregelen er den motsatte i avskjedstilfeller, jf. aml. § 15-11 (3) første punktum.<sup>1</sup> Ved første øyekast kan det derfor synes som at trepartsproblematikken er mest aktuell ved avskjed. Det kan likevel være flere grunner til at heller ikke en oppsagt arbeidstaker har stått i stillingen mens saken verserte, noe jeg kommer nærmere inn på i kapittel 2.2.2.

Siden oppgaven tar opp en konfliktsituasjon som involverer både en tidligere og en ny arbeidstaker, anser jeg det hensiktsmessig å ta i bruk bokstaver i den videre omtale av dem. Den oppsagte eller avskjedigete arbeidstakeren vil i den rettslige analysen stort sett omtales som A,

---

<sup>1</sup> Andre viktige unntak fra hovedregelen er blant andre midlertidig ansatte og ansatte oppsagt i prøvetiden, jf. aml. § 15-11 (3) første punktum.

mens den nyansatte arbeidstakeren normalt vil omtales som B. Dette gjøres først og fremst for å forenkle fremstillingen og øke leservennligheten.

Av hensyn til oppgavens omfang vil analysen begrense seg til arbeidsforhold som reguleres av arbeidsmiljøloven. De særskilte reglene som gjelder for statsansatte etter statsansatteloven, vil ikke drøftes nærmere. Drøftelsene vil derfor fortrinnsvis ta utgangspunkt i privat og (fylkes)kommunalt ansatte. Offentlige ansettelsesforhold har en side mot forvaltningsrettslige regler som jeg i liten grad vil komme inn på.<sup>2</sup>

Jeg finner også grunn til å påpeke at det ved fortrinnsrett til stilling kan oppstå lignende spørsmål som dem jeg skal behandle i oppgaven. Mener en arbeidstaker at arbeidsgiver har begått et brudd på en av arbeidsmiljølovens fortrinnsrettsbestemmelser, vil det være på grunnlag av at en annen arbeidstaker har blitt gitt stillingen fremfor ham. Også i slike tilfeller vil det kunne oppstå en konfliktrelasjon mellom arbeidsgiver, den som har fått stillingen og den som mener seg forbigått. Mange av de samme materielle og prosessuelle spørsmålene gjør seg derfor gjeldende. I denne oppgaven avgrenses det imidlertid mot denne beslektede problemstillingen. Det er opphørstilfellene som her står i fokus, og refleksjoner rundt fortrinnsrettssituasjonen vil bare finne sted i den utstrekning det er egnet til å gi veiledning omkring spørsmål knyttet til arbeidsforholdets opphør.

Det er et nokså sparsommelig rettskildemateriale som berører de problemstillingene oppgaven reiser, og det foreligger få avklarende, autoritative uttalelser. De største bidragene er å finne i lovforarbeider, juridisk teori og reelle hensyn. Når det gjelder spørsmålet om tvungen prosessfellesskap, er det avsagt en høyesterettsavgjørelse som gir veiledning.<sup>3</sup> Et vesentlig spørsmål er i den sammenheng om avgjørelsen bidrar til å avklare spørsmålet generelt, eller om den bare avgjør det konkrete typetilfellet. Et sentralt element i denne delen av drøftelsen er dermed å analysere dommen.

---

<sup>2</sup> Avgjørelse om bl.a. å ansette, si opp og avskjedige offentlige tjenestemenn er enkeltvedtak i forvaltningsrettslig forstand, jf. forvaltningsloven § 2 (2) første punktum.

<sup>3</sup> Rt. 2011 s. 841 (*Undervisningsinspektørdommen*).

### 1.3 Den videre fremstillingen

I oppgavens del 2 kommer jeg innledningsvis til å gjøre kort rede for hva som ligger i begrepene oppsigelse og avskjed. Denne redegjørelsen skal først og fremst bidra til å sette oppgaven i en rettslig kontekst, og den vil nødvendigvis bli svært summarisk.

Etter den innledende redegjørelsen vil jeg bevege meg videre til presentasjonen av de rettslige utgangspunktene med hensyn til rettsvirkningen av arbeidsgivers urettmessige opphør av arbeidsforholdet. Jeg kommer her til å gå nærmere inn på hva som er hovedreglene i norsk rett, og hva som er det rettslige grunnlaget for reglene. I lys av dette vil jeg forsøke å illustrere hvordan ansettelsen av arbeidstaker B i arbeidstaker As stilling vil kunne vanskeliggjøre anvendelsen av disse hovedreglene. Det bringer oppgaven over i analysen av det materielle hovedspørsmålet om hvem som har krav på den aktuelle stillingen.

Det er ikke gitt at spørsmålet om hvem som er materielt berettiget, kan besvares likt i alle sammenhenger. Hovedspørsmålet vil av den grunn analyseres med utgangspunkt i ulike typetilfeller. Et første typetilfelle er at arbeidsgiver ved ansettelsen av den nye arbeidstakeren har tatt et forbehold om fratredelse. Om, og eventuelt i hvilken utstrekning, arbeidsgiver har adgang til å ta et forbehold ved nyansettelsen, er et spørsmål av generell relevans. Videre vil jeg undersøke om vurderingen kan falle ulikt ut for forskjellige stillingstyper. Analyseobjektet vil først og fremst være stillinger i privat sektor, men jeg vil også ta opp enkelte stillinger i det offentlige av særlig interesse.

På bakgrunn av denne fremstillingen vil jeg forsøke å konkludere med hva som er gjeldende rett, og om det må differensieres mellom de nevnte typetilfellene ved løsningen av konfliktsituasjonen.

Etter å ha sett nærmere på hva som er den riktige løsningen av selve konflikten mellom A, B og arbeidsgiver *de lege lata*, vil jeg gå over til drøftelsen av spørsmålet om tvungent prosessfellesskap. Innledningsvis vil det være naturlig å gjøre rede for tvungent prosessfellesskap mer generelt. I den forbindelse vil jeg komme med noen betraktninger rundt tvisteloven (tvL) § 1-3(2), som krever at saksøker påviser et «reelt behov» for å få kravet avgjort overfor saksøkte. Spørsmålet om tvungent prosessfellesskap knytter seg til det som gjerne

omtales som *passiv søksmålskompetanse*, altså hvilke parter som må saksøkes for at tilknytningsvilkåret i tvisteloven § 1-3 (2) andre punktum skal være oppfylt.<sup>4</sup>

Dernest vil det pekes på noen hensyn som generelt sett er av betydning ved vurderingen av om flere parter bør eller må trekkes inn i et søksmål, før den konkrete problemstillingen i denne oppgaven underlegges en grundig analyse. En sentral del av analysen vil knytte seg til spørsmålet om det etter gjeldende rett er et prosessuelt krav at også den nyansatte arbeidstakeren saksøkes i tilfeller hvor den tidligere ansatte nedlegger påstand om at oppsigelsen eller avskjeden er ugyldig.

På bakgrunn av de konklusjonene jeg kommer til under de materielle og prosessuelle spørsmålene, vil jeg avslutningsvis gjøre meg noen refleksjoner *de lege ferenda*.

---

<sup>4</sup> Om kravet til passiv søksmålskompetanse mer generelt, se Schei mfl. (2013) s. 37–44.



## 2 Noen rettslige utgangspunkter

### 2.1 Arbeidsgivers adgang til å avslutte arbeidsforholdet

Et grunnleggende trekk ved norsk arbeidsrett er at arbeidstakers adgang til å avslutte arbeidsforholdet er videre enn arbeidsgivers. Arbeidstaker kan når som helst velge å si opp sitt arbeidsforhold hos arbeidsgiver, og vedkommende behøver ikke å begrunne oppsigelsen på noen måte.<sup>5</sup> Oppsigelsestiden er den eneste begrensningen arbeidstaker må forholde seg til. Overordnet sett kan dette betraktes som individets grunnleggende rett til selv å velge sitt arbeid.<sup>6</sup>

Arbeidsgiver er derimot bundet av de rammer lovgivningen setter. Etter arbeidsmiljøloven kan arbeidsgiver bringe arbeidsforholdet til opphør på to måter.<sup>7</sup> For det første kan arbeidsgiver gå til oppsigelse av arbeidstaker. I henhold til aml. § 15-7 (1) må arbeidsgivers oppsigelse være «saklig begrunnet». Det oppstilles med dette et alminnelig saklighetskrav.<sup>8</sup> Hvilke grunner som etter sin art kan være saklige, angis uttrykkelig i samme bestemmelse. Oppsigelsen må være begrunnet enten i «virksomhetens, arbeidsgivers eller arbeidstakers forhold». Hvis oppsigelsen er basert på andre hensyn enn disse, er den uten videre usaklig.

Arbeidstakers vern strekker seg imidlertid lenger enn dette. Det er ikke slik at ethvert forhold som etter sin art faller innenfor en av kategoriene, er å anse som saklig. Saklighetskravet innebærer at de relevante grunnene må være *tilstrekkelig tungtveiende* til at det alt i alt er rimelig å bringe arbeidsforholdet til opphør. Det nødvendiggjør en avveining av arbeidsgivers og arbeidstakers interesser. Interesseavveiningen kan falle ut i arbeidstakers favør selv om oppsigelsesgrunnen etter sin natur er legitim. På generelt grunnlag kan det fastslås at det er en høy terskel for å si opp en ansatt.<sup>9</sup>

---

<sup>5</sup> Skjønberg, Hognestad og Hotvedt (2017) s. 459.

<sup>6</sup> Engelsrud (2017) s. 318–319.

<sup>7</sup> I prøvetiden har arbeidsgiver en noe lempeligere oppsigelsesadgang, jf. aml. § 15-6 (1).

<sup>8</sup> Saklighetskravet ble innført ved arbeidervernloven av 1936 § 33 nr. 3 a.

<sup>9</sup> Rt. 2009 s. 685 (*Webredaktørdommen*) avsnitt 52.

For det andre åpner arbeidsmiljøloven for at arbeidsgiver på nærmere vilkår kan gå til avskjed av arbeidstakeren, jf. aml. § 15-14. Avskjedsreaksjonen har likhetstrekk med den alminnelige, kontraktsrettslige hevingsretten, idet rettsvirkningen er at partenes rettigheter og plikter opphører umiddelbart.<sup>10</sup> Det følger av aml. § 15-14 (1) at avskjed er betinget av at arbeidstaker har begått et «grovt pliktbrudd» eller «annet vesentlig mislighold» av arbeidsavtalen. Bestemmelsen oppstiller således to alternative vilkår for å avskjedige arbeidstaker, selv om disse riktignok i noen grad glir over i hverandre. At pliktbruddet må være «grovt» eller misligholdet «vesentlig», tilsier klart at det skal mye til før avskjed blir aktuelt. Ettersom terskelen for å si opp arbeidstaker er høy i seg selv, taler det for at avskjedsreaksjonen forbeholdes særlig graverende tilfeller.

Sett fra arbeidstakers ståsted er en vesentlig forskjell mellom oppsigelse og avskjed at det i sistnevnte tilfelle ikke løper noen oppsigelsestid før arbeidsforholdets endelige opphør. Etter aml. § 15-14 (1) kan arbeidsgiver kreve arbeidstakers «øyeblikkelig[e] fratreden» dersom bestemmelsens vilkår er oppfylt. Den deklatoriske hovedregelen ved oppsigelse er at det løper en oppsigelsesfrist på én måned fra første dag i måneden etter at oppsigelsen fant sted, jf. aml. § 15-3 (1) første punktum, jf. fjerde ledd.

I prinsippet vil mange av de samme forholdene kunne påberopes til støtte for oppsigelse og avskjed. Det følger imidlertid av det ovennevnte at det stilles strengere krav til forholdets alvorlighetsgrad ved avskjed. Hvilke faktiske forhold som kan berettige arbeidsgivers oppsigelse eller avskjed, går jeg ikke nærmere inn på.

I fortsettelsen forutsettes det at arbeidsgiver har gått til oppsigelse eller avskjed av arbeidstaker, og at reaksjonen finnes urettmessig etter henholdsvis aml. §§ 15-7 eller 15-14.

---

<sup>10</sup> Skjønberg, Hognestad og Hotvedt (2017) s. 465.

## 2.2 Virkninger av arbeidsgivers urettmessige opphør av arbeidsforholdet

### 2.2.1 Hovedregel om ugyldighet

Dersom en oppsigelse er usaklig, innebærer det samtidig at den er ulovlig. Hvilke rettsvirkninger det skal ha at oppsigelsen er usaklig, følger imidlertid ikke direkte av usaklighetskarakteristikken. Det er bakgrunnen for at arbeidsmiljøloven § 15-12 inneholder regler om virkninger av usaklig oppsigelse.

Bestemmelsen viderefører rettstilstanden som ble etablert ved arbeidsmiljøloven av 1977<sup>11</sup> § 62.<sup>12</sup> Eldre rettspraksis og 1977-lovens forarbeider er derfor av betydning ved tolkingen og anvendelsen av § 15-12.

Det heter i aml. § 15-12 (1) at dersom en oppsigelse «er i strid med §§ 15-6 til 15-10», skal retten «kjenne oppsigelsen ugyldig» såfremt arbeidstaker har nedlagt slik påstand. Ugyldighet inntreffer med andre ord ikke av seg selv; det må kreves av arbeidstakeren. Ordet «ugyldig» gir ikke i seg selv klar veiledning med hensyn til hvilke konkrete rettsvirkninger en usaklig oppsigelse har, men formuleringen tilsier at oppsigelsen på sett og vis betraktes som en nullitet. En naturlig konsekvens av dette er, som Fougner skriver, at «arbeidsforholdet fortsetter som om oppsigelse ikke var gitt».<sup>13</sup> Bestemmelsens andre punktum underbygger en slik tolkning. Den gir retten kompetanse til å bestemme at «arbeidsforholdet skal opphøre» hvis det vil være «åpenbart urimelig» at arbeidsforholdet fortsetter. Antitesen av dette er at arbeidsforholdet består såfremt unntaksbestemmelsen ikke kommer til anvendelse.

Paragraf 15-12 henger nært sammen med § 15-11, som gir arbeidstaker en rett til å fortsette i stillingen mens rettmessigheten av arbeidsgivers oppsigelse vurderes. Hvis arbeidstaker har benyttet seg av denne retten, innebærer ugyldighetsvirkningen at arbeidsforholdet fortsetter som før. Har arbeidstaker derimot ikke stått i stillingen frem til

---

<sup>11</sup> Etter arbeidervemloven av 1936 var arbeidstaker henvist til å kreve erstatning.

<sup>12</sup> Ot.prp. nr. 49 (2004–2005) s. 337.

<sup>13</sup> Fougner mfl. (2018) Kommentar til § 15-12.

domstidspunktet, er hovedregelen at arbeidstaker har krav på å gjeninntre i stillingen.<sup>14</sup> Retten til å stå i stillingen etter aml. § 15-11 vil behandles mer utførlig i kapittel 2.2.2 nedenfor.

Virkningene av arbeidsgivers urettmessige avskjed reguleres på sin side av aml. § 15-14 (3). Bestemmelsen er en videreføring av 1977-lovens § 66.<sup>15</sup> Også i avskjedstilfelle ne er lovens hovedregel at retten, etter påstand fra arbeidstaker, «skal [...] kjenne den [avskjeden] ugyldig». Ugyldighetsbegrepet må i utgangspunktet forstås på tilsvarende måte som i § 15-12 (1).<sup>16</sup> En vesentlig forskjell er imidlertid at en avskjediget arbeidstaker som hovedregel *ikke* har rett til å stå i stillingen under behandlingen av tvisten, jf. aml. § 15-11 (3) første punktum. Siden arbeidstaker etter dette vanligvis ikke vil ha stått i stillingen under saksgangen, vil konsekvensen av ugyldighet være at arbeidstaker kan kreve gjeninntreden i stillingen.

Den vesentligste rettsvirkningen av arbeidsgivers urettmessige oppsigelse eller avskjed er dermed at den anses ugyldig, og at arbeidsforholdet som hovedregel fortsatt består. Arbeidstaker kan dessuten kreve erstatning for den usaklige oppsigelsen eller den urettmessige avskjeden etter henholdsvis § 15-12 (2) og § 15-14 (4).

## **2.2.2 Retten til å fortsette i stillingen under sakens behandling**

Som tidligere nevnt gir aml. § 15-11 arbeidstaker en rett til å «fortsette i stillingen» ved oppsigelse. Denne retten gjelder «så lenge forhandlinger pågår etter § 17-3», jf. § 15-11 (1), og under saksgangen «[d]ersom søksmål reises innen de frister som følger av § 17-4», jf. § 15-11 (2). Anlegger arbeidstaker søksmål mot arbeidsgiver innen fristen som oppstilles i § 17-4 (5), har vedkommende dermed normalt sett rett til å fortsette i stillingen under saksgangen.<sup>17</sup> Høyesteretts ankeutvalg har nylig fastslått at dette gir arbeidstaker ikke bare rett til å motta lønn mens saken verserer, men også til å utføre arbeid for arbeidsgiver.<sup>18</sup>

---

<sup>14</sup> Rt. 2009 s. 685 (*Webredaktørdommen*) avsnitt 69.

<sup>15</sup> Ot.prp. nr. 49 (2004–2005) s. 338.

<sup>16</sup> Ot.prp. nr. 41 (1975–76) s. 78.

<sup>17</sup> Fristene i aml. § 17-4 (5) gjelder kun dersom oppsigelsen oppfyller arbeidsmiljølovens formkrav. Ved formuriktige oppsigelser gjelder det ingen frist for å fremsette krav om å fortsette i stillingen, jf. § 17-4 (5) tredje punktum.

<sup>18</sup> HR-2018-2047-U.

Et bærende hensyn bak retten til å fortsette i stillingen er ifølge arbeidsmiljølovens forarbeider å gi arbeidstakeren «en reell mulighet til å fortsette i arbeidsforholdet dersom domstolene kommer til at oppsigelsen er ugyldig».<sup>19</sup> Regelen bygger på en erkjennelse av at det i praksis ofte vil være vanskelig eller nærmest utelukket for arbeidstaker å gjeninntre i stillingen dersom vedkommende har fratrudd den under tvisten. Det kan gå flere år før en oppsigelsessak kommer til veis ende. Uten en rett til å stå i stillingen vil arbeidstaker derfor gjerne se seg nødt til å ta annet arbeid i mellomtiden, noe som kan tale mot et krav om ugyldighet og gjeninntreden. Om det ikke skulle være tilfellet, vil arbeidsgiver ofte gis medhold i at tidsforløpet gjør det urimelig at arbeidsforholdet består, jf. aml. § 15-12 (1) andre punktum. Retten til å stå i stillingen skal således bidra til å realisere arbeidstakers stillingsvern.

Selv om arbeidstaker vanligvis vil stå i stillingen under en oppsigelsestvist, skjer ikke alltid det i praksis. For det første kan retten avsi kjennelse om fratreden i tråd med den nevnte regelen i § 15-11 (2) andre punktum. Vilkåret for fratreden er strengt, men arbeidsgiver gis ikke helt sjelden medhold.<sup>20</sup> For det andre kan arbeidsgiver og arbeidstaker inngå avtale om fratreden. En tredje mulighet er at arbeidstaker ikke gjør retten gjeldende fordi vedkommende opplever det som for belastende å fortsette i stillingen mens tvisten pågår.

I avskjedstilfeller har arbeidstaker i utgangspunktet ingen tilsvarende rett, jf. kapittel 2.2.1 ovenfor. Forskjellen bygger på en avveining av arbeidsgivers og arbeidstakers interesser. Ettersom avskjed er en svært byrdefull reaksjon sett med arbeidstakers øyne, vil det jevnt over ligge alvorlige forhold til grunn for beslutningen. Da styrkes hensynet til arbeidsgiver omvendt proporsjonalt med hensynet til arbeidstaker.

For å unngå urimelige utslag av denne hovedregelen følger det likevel av aml. § 15-11 (3) andre punktum at retten kan bestemme at «arbeidsforholdet skal fortsette» frem til saken er rettskraftig avgjort. I forarbeidene til 1977-loven er det uttalt at dette særlig er aktuelt der «grunnlaget for avskjedigelsen synes tvilsomt og det samtidig antas å være til vesentlig ulempe for arbeidstakeren at han må fratre stillingen under rettens behandling».<sup>21</sup> Et annet scenario er at arbeidsgiver mener det er grunnlag for oppsigelse av arbeidstakeren, men velger å avskjedige vedkommende med det formål å unngå at arbeidstaker står i stillingen under en eventuell

---

<sup>19</sup> Ot.prp. nr. 49 (2004–2005) s. 238.

<sup>20</sup> I Ot.prp. nr. 50 (1993–94) s. 192 finner departementet at det i perioden 1981–1988 ble avsagt 102 kjennelser om fratreden etter aml. 1977 § 61 nr. 4 (nå § 15-11 (2) andre punktum) i Norsk Arbeidsrettslig Domssamling (NAD). Det er grunn til å tro at tendensen er økende.

<sup>21</sup> Ot.prp. nr. 41 (1975–76) s. 78.

opphørsvist. Skulle en slik intensjon være bevist, må unntaksregelen komme tilsvarende til anvendelse. En slik omgåelse av arbeidstakers rett til å stå i stillingen er det grunn til å se bort fra.<sup>22</sup>

Det fremgår av det ovennevnte at situasjonen både i oppsigelses- og avskjedssaker kan være at arbeidstaker ikke har stått i stillingen mens opphørets rettmessighet har blitt vurdert. At stillingen derved har stått tom under hele eller deler av saken, åpner for at arbeidsgiver går til nyansettelse for å fylle stillingen. På den måten oppstår det trepartsforholdet som utgjør kjernen i den videre drøftelse.

---

<sup>22</sup> Ot.prp. nr. 41 (1975–76) s. 28–29.

# 3 Trepartskonfliktens materielle side

## 3.1 Generelle betraktninger

### 3.1.1 Arbeidsmiljølovens utgangspunkt

Et av arbeidsmiljølovens grunnleggende formål er «å sikre trygge ansettelsesforhold», jf. aml. § 1-1 bokstav b. Rettighetssubjektet etter loven er først og fremst arbeidstaker, mens arbeidsgiver er pliktsubjektet. Det er med andre ord arbeidsgivers plikt å sørge for at de bestemmelsene som skal ivareta arbeidstakers stillingsvern, etterleves lojalt. Denne plikten kan ikke arbeidsgiver avtale seg bort fra i større utstrekning enn det arbeidsmiljøloven selv tillater, jf. arbeidsmiljøloven § 1-9.

En praktisk og prinsipielt viktig side av dette er at så å si enhver arbeidstaker er omfattet av arbeidsmiljølovens vern mot urettmessig opphør av arbeidsforholdet.<sup>23</sup> Arbeidsmiljølovens regler om oppsigelse og avskjed kommer i alle fall til anvendelse fra tiltredelsestidspunktet.<sup>24</sup> Konsekvensen av det er at både den tidligere arbeidstaker A og den nyansatte B i utgangspunktet nyter godt av det oppsigelsesvernet arbeidsmiljøloven oppstiller. Spørsmålet er hvordan hensynet til As og Bs stillingsvern skal avstemmes mot hverandre i trepartskonflikten. Dette danner et viktig bakteppe ved den konkrete vurderingen av hvordan konflikten mellom A, B og arbeidsgiver skal løses.

### 3.1.2 Betydningen av at arbeidsgiver har tatt forbehold om fratreden

Et spørsmål av generell betydning for vurderingen av hvem som har krav på den omtvistede stillingen, er om – og eventuelt i hvilken utstrekning – arbeidsgiver har adgang til å ta et forbehold ved ansettelsen av B. Et slikt forbehold vil typisk gå ut på at arbeidsgiver i forbindelse med ansettelsen forbeholder seg retten til å kreve at B fratrer sin stilling dersom A skulle få

---

<sup>23</sup> Et viktig unntak gjelder for virksomhetens øverste leder, som kan inngå forhåndsavtale med arbeidsgiver om å fraskrive seg oppsigelsesvernet mot etterlønn ved fratreden, jf. aml. § 15-16 (2).

<sup>24</sup> Rt. 2004 s. 76 (*Allmennlærerdommen*) avsnitt 48. Det er et omdiskutert spørsmål om stillingsvernreglene kan tenkes å komme til anvendelse også før arbeidstaker har tiltrådt. For en diskusjon av spørsmålet, se Skjønberg, Hognestad og Hotvedt (2017) s. 116–118 med videre litteraturhenvisninger.

medhold i at opphøret var urettmessig og således ugyldig. Det vil altså si at B ikke kan påberope seg arbeidsmiljølovens oppsigelsesvern. Om forbehold av denne typen anses for å være rettsgyldige, vil de langt på vei løse konflikten der et slikt forbehold foreligger.

Verken aml. §§ 15-12 eller 15-14 gir veiledning for dette spørsmålet. Vurderingen må derfor først og fremst bero på ufravikelighetsbestemmelsen i aml. § 1-9. Av bestemmelsen fremgår at loven «ikke [kan] fravikes ved avtale til ugunst for arbeidstaker» med mindre det er særskilt bestemt. Bestemmelsen omfatter klart nok det at en arbeidstaker ved ansettelsen fraskriver seg arbeidsmiljølovens stillingsvern. Reglene om oppsigelse og avskjed er blant de mest fundamentale reglene til beskyttelse av arbeidstaker, og det vil derfor være til arbeidstakers «ugunst» om en slik klausul innlemmes i avtalen.

Der arbeidsgiver har tatt et forbehold om fratreden hvis A vinner frem med sin ugyldighetspåstand, gir ikke B et generelt avkall på sitt stillingsvern. Realiteten av forbeholdet er imidlertid at B mister sitt stillingsvern i det spesifikke scenarioet forbeholdet gjelder. En slik delvis forhåndsfraskrivelse av lovens beskyttelsesregler faller også innenfor ordlyden i § 1-9. Isolert sett taler det for at et slikt forbehold er i strid med ufravikelighetsbestemmelsen, og at B dermed ikke er bundet av det.

I kommentarutgaven til arbeidsmiljøloven forutsetter Fougner at arbeidsgiver kan ta et slikt forbehold som beskrevet ovenfor. I forbindelse med spørsmålet om hvilke virkninger en ugyldighetsdom vil ha overfor B, uttales følgende: «Ugyldighet vil som utgangspunkt bare ha virkning for den nyansatte dersom vedkommende er å bebreide, eller dersom *det er tatt et forbehold overfor vedkommende i forbindelse med ansettelsen*» (min kursivering).<sup>25</sup>

Slik jeg ser det, er det vanskelig å forene et slikt synspunkt med arbeidsmiljølovens preseptoriske karakter. Arbeidstaker kan ikke akseptere forbeholdet uten at hun samtidig gir avkall på vernet mot at arbeidsgiver bringer arbeidsforholdet til opphør uten lovlig grunn. Arbeidsmiljøloven § 1-9 synes heller ikke å være trukket inn i drøftelsen. Det er derfor grunn til å stille spørsmål ved hvor grundig forholdet til bestemmelsen har blitt vurdert. Synspunktet begrunnes heller ikke nærmere.

Det er i mine øyne vanskelig å peke på reelle hensyn som underbygger en innskrenkende fortolkning av aml. § 1-9. Tvert om fremstår det lite rimelig at arbeidstakeren, arbeidsforholdets

---

<sup>25</sup> Fougner mfl. (2018) Kommentar til § 15-12.



presumptivt svake part, skal miste vesentlige rettigheter etter arbeidsmiljøloven på grunn av et forhold som han ikke har noe med å gjøre.<sup>26</sup> Riktignok vil forbeholdet gjøre arbeidstaker kjent med risikoen for at hun kan miste stillingen sin. En slik risiko vil imidlertid lett fortone seg som abstrakt på avtaletidspunktet. At B på forhånd er blitt kjent med risikoen, tilsier derfor ikke at avtalefriheten bør være mer vidtrekkende enn det § 1-9 etter sin ordlyd åpner for.

Det må etter dette legges til grunn at arbeidsgiver ikke har noen generell adgang til å ta et forbehold ved ansettelsen av arbeidstaker B.

Et alternativ til å ta et slikt forbehold er å ansette B midlertidig frem til tvisten med A er avklart. Det kan diskuteres hvilke bestemmelser arbeidsgiver lovlig kan forankre midlertidigheten i. Arbeidsmiljøloven § 14-9 (2) bokstav f gir en generell adgang til å ansette B midlertidig, men kun inntil tolv måneder. Det er ikke gitt at tvisten løses så raskt. Dessuten vil det utløse en karantenep periode for arbeidsgiver, jf. § 14-9 (8) tredje punktum.

Det mest nærliggende er muligens å omtale ansettelsesforholdet som et vikariat for A etter bokstav b. Selv om situasjonen utvilsomt befinner seg i periferien av bestemmelsens anvendelsesområde, har arbeidsgiver et åpenbart, saklig behov for å bemanne stillingen i mellomperioden, og et midlertidig ansettelsesforhold er den eneste praktiske måten å løse det på. Domstolene vil derfor trolig være tilbakeholdne med å overprøve vikariatets lovlighet i slike tilfeller.

### **3.1.3 Forbehold ved ansettelsen av virksomhetens øverste leder**

Når det gjelder ansettelse av virksomhetens øverste leder, kan spørsmålet om forbeholdets gyldighet stille seg annerledes. Det fremgår av aml. § 15-16 (2) at «[r]eglene om oppsigelse i dette kapittel» ikke gjelder for «virksomhetens øverste leder» dersom vedkommende «i forhåndsavtale har sagt fra seg slike rettigheter mot etterlønn ved fratreden». Virksomhetens øverste leder kan med andre ord før opphørstidspunktet gi avkall på arbeidsmiljølovens stillingsvern.

Bestemmelsen gir arbeidsgiver adgang til å si opp «virksomhetens øverste leder» uten å vise til noen saklig grunn. I relasjon til § 1-9 må § 15-16 (2) anses som et «særskilt fastsatt»

---

<sup>26</sup> Slik også Skjønberg, Hognestad og Hotvedt (2017) s. 482.

unntak fra stillingsvernsreglene. Ufravikelighetsbestemmelsen er derfor ikke til hinder for en slik avtale så lenge vilkårene i § 15-16 (2) er oppfylt.

Bestemmelsen oppstiller fire kumulative vilkår. For det første må det være inngått en «forhåndsavtale» mellom partene. Det følger av lovens forarbeider at vilkåret er oppfylt så lenge avtalen er inngått «før det treffes en beslutning om oppsigelse».<sup>27</sup> For det andre kan kun «virksomhetens øverste leder» inngå slik avtale. Innenfor rammene av denne oppgaven er det tilstrekkelig å slå fast at ordlyden omfatter topplederen i en virksomhet, og at det normalt sett kun vil være én øverste leder.<sup>28</sup> For det tredje må avtalen gå ut på at arbeidstaker «har sagt fra seg slike rettigheter [oppsigelsesvernet]». Endelig kreves det at arbeidstakeren mottar «etterlønn ved fratreden». Forarbeidene fastslår at det ikke stilles bestemte krav til etterlønns størrelse.<sup>29</sup>

Spørsmålet er i denne sammenheng om B, ved ansettelsen som virksomhetens øverste leder, i medhold av aml. § 15-16 (2) kan inngå en gyldig avtale med arbeidsgiver om fratreden dersom A vinner frem med sitt ugyldighetssøksmål.

Bestemmelsens ordlyd trekker i retning av at et forbehold overfor virksomhetens øverste leder er gyldig. Den gir arbeidsgiver og arbeidstaker en generell adgang til å avtale at arbeidstaker sier «fra seg slike rettigheter» som oppsigelsesreglene gir. Arbeidstaker kan dermed fullt og helt gi avkall på lovens oppsigelsesvern. Det tilsier at bestemmelsen også tillater det mindre, nemlig å gi avkall på oppsigelsesvernet i den situasjonen at A vinner frem med sitt søksmål og gjeninntre i stillingen.

I forlengelsen av dette kan det påpekes at virkningene av et slikt forbehold vil være langt mer forutsigbare enn virkningene av en generell avtale om å gi avkall på retten til å påberope seg oppsigelsesreglene. Begrunnelsen for å tillate et slikt forbehold står legislativt minst like sterkt som begrunnelsen for å tillate fratredelsesavtaler mot etterlønn i sin alminnelighet.

I lys av det ovenstående må det legges til grunn at arbeidsgiver i medhold av arbeidsmiljøloven § 15-16 (2) kan forbeholde seg retten til å kreve at B, som virksomhetens

---

<sup>27</sup> Ot.prp. nr. 101 (2001–2002) s. 7.

<sup>28</sup> Ot.prp. nr. 49 (2004–2005) s. 333 under § 14-10 om åremålsansettelser. Se imidlertid Skoghøys særmerknad i Rt. 2009 s. 1183 (*Investeringsrådgiverkjennelsen*) avsnitt 31.

<sup>29</sup> Ot.prp. nr. 101 (2001–2002) s. 7. Dette kan imidlertid komme i et problematisk forhold til aml. § 1-9 der etterlønnen er lavere enn det arbeidstakeren ville ha hatt krav på ved oppsigelse etter de alminnelige oppsigelsesreglene, jf. Egeland (2011) s. 1147.

øverste leder, fratrer stillingen om tidligere leder A vinner frem med sitt ugyldighetssøks mål. Det forutsetter imidlertid at avtalen for øvrig tilfredsstillende bestemmelser vilkår.

## 3.2 Treparkonflikten i normalsituasjonen

### 3.2.1 Generelle utgangspunkter

Treparkonflikter ved arbeidsgivers urettmessige opphør av arbeidsforholdet vil forholdsvis sjelden oppstå i praksis. Det skyldes ikke bare at arbeidstaker ofte vil stå i stillingen under saksgangen. Arbeidsmiljølovens korte søksmålsfrister for ugyldighetssøksmål gjør dessuten at arbeidsgiver normalt ikke har gått til fast ansettelse av en ny arbeidstaker før det er avklart om arbeidstaker reiser søksmål eller ei.<sup>30</sup> Det er videre grunn til å tro at arbeidsgivere som regel vil være tilbakeholdne med å ansette noen fast i den omtvistede stillingen etter at søksmål er reist, men før utfallet av saken er kjent. Hvis søksmålsfristen på åtte uker oversettes ved formriktig opphør, mister arbeidstaker retten til å kreve dom for ugyldighet, jf. aml. § 17-4 (1) første punktum.

Til tross for at situasjonen ikke oppstår ofte, er det likevel mulig å skissere en slags normalsituasjon ved vurderingen av hvordan treparkonflikten skal løses. Det ligger i sakens natur at flertallet av privat og offentlig ansatte arbeider i stillinger på et lavere nivå i virksomhetens organisasjonskjede, i motsetning til arbeidstakere i ledende og særlig uavhengige stillinger. I lys av det er det etter mitt syn hensiktsmessig innledningsvis å drøfte situasjonen hvor A har vært ansatt i en stilling som det etter sin art kan eksistere flere av.

Ser en bort fra mulighetene for økonomisk kompensasjon, er det intuitivt sett tre nærliggende løsninger på konflikten mellom A, B og arbeidsgiver. Den første er at ansettelsen av B er til hinder for at A gjeninntre i stillingen, og at B dermed vinner rett. Den andre er at A, som i uoverensstemmelse med arbeidsmiljøloven mistet sin stilling, anses for å ha best rett til stillingen og dermed trer inn igjen i den på bekostning av B. Den tredje er at både A og B i utgangspunktet har krav på den samme stillingen, og at arbeidsgiver er ansvarlig for å finne en løsning på konflikten. Det kan for eksempel være at det må opprettes en ny, tilsvarende stilling,

---

<sup>30</sup> Slik også Johansen/Stueland (2015 red.) s. 897–898.

og at det oppstår en overtallighetssituasjon som må løses ved en ny oppsigelsesprosess. Vurderingstemmet i neste kapittel er hvilken løsning som har størst støtte i rettskildene.

### 3.2.2 Har A og B den samme retten til den omtvistede stillingen?

Det rettslige grunnlaget for å ta stilling til konflikten er aml. §§ 15-12 (1) og 15-14 (3), som fastslår at retten etter påstand fra arbeidstaker kan kjenne henholdsvis oppsigelsen og avskjeden ugyldig. Som vi allerede har sett i kapittel 2.2.1, innebærer ugyldighet etter hovedregelen at arbeidstaker gjeninntre i stillingen dersom vedkommende fratradte stillingen under tvisten. Der stillingen allerede er besatt av B, gir imidlertid ikke bestemmelsens ordlyd veiledning ved løsningen av den mulige rettighetskollisjonen. Det gjør det nødvendig å undersøke øvrige rettskilde faktorer.

Arbeidsmiljølovens forarbeider er tause om spørsmålet. I merknadene til §§ 15-12 og 15-14 sies det at bestemmelsene viderefører henholdsvis §§ 62 og 66 i arbeidsmiljøloven av 1977.<sup>31</sup> Det gjør at 1977-lovens forarbeider og praksis omkring bestemmelsene vil kunne gi tolkningsbidrag ved vurderingen.

I forarbeidene til arbeidsmiljøloven av 1977 drøftes rettsvirkningene av arbeidsgivers urettmessige avskjed. Der heter det blant annet følgende: «Hvis arbeidstakeren krever det, skal arbeidsgiveren således dømmes til å gjeninnta ham i stillingen eller i *en tilsvarende den han hadde*» (min kursivering).<sup>32</sup> Lovgiver synes her å forutsette at arbeidstaker har krav på gjeninntreden hvis avskjeden kjennes urettmessig, men ikke nødvendigvis i akkurat samme stilling. Uttalelsene kan indikere at lovgiver har vært bevisst på de utfordringene det vil kunne medføre om A kan kreve gjeninntreden i den stillingen han tidligere hadde, og at vedkommende derfor må ta til takke med en stilling av tilsvarende karakter.<sup>33</sup> Hvis uttalelsene forstås på denne måten, er det ikke gitt at det vil oppstå noen reell konflikt mellom A og B i normalsituasjonen. En eventuell rett til gjeninntreden for A vil ikke berøre den stillingen B nå innehar.

Det kan imidlertid diskuteres om de siterte forarbeidsuttalelsene egentlig kan leses slik. Uttalelsene knytter seg til virkningen av urettmessig avskjed rent generelt, ikke den særegne

---

<sup>31</sup> Ot.prp. nr. 49 (2004–2005) s. 337 og 338.

<sup>32</sup> Ot.prp. nr. 41 (1975–76) s. 78 (punkt VIII). Formuleringen svarer til ordlyden i arbeidervernloven av 1956 § 43 nr. 1 (2).

<sup>33</sup> Slik også Fougnermfl. (2018) Kommentar til § 15-12.

situasjonen at B har blitt ansatt i As stilling under tvisten. Det kan være flere grunner til at A må nøye seg med å tre inn i en tilsvarende stilling. For eksempel kan stillingen ha blitt nedlagt siden opphøret fant sted. I en slik situasjon virker det rimelig at gjeninntreden i nøyaktig samme stilling ikke kan kreves. Det er ikke dermed sagt at det er like rimelig å avskjære et slikt krav der stillingen fremdeles eksisterer, men er besatt av B. På denne bakgrunn er det tvilsomt om forarbeidene er skrevet med treparts konflikten for øye.

På den annen side taler retstekniske hensyn med tyngde for den løsningen forarbeidene foreskriver. Dersom en vurderer det slik at A har rett til å kreve gjeninntreden i stillingen som B innehar, kan det skape en uoversiktlig situasjon. Det følger av den alminnelige hovedregelen i tvisteloven § 19-15 (1) første punktum at dommers subjektive rettskraft kun gjelder overfor sakens parter. At arbeidsgivers opphørsbeslutning er ugyldig, endrer derfor i utgangspunktet ikke Bs rettsstilling. B er på vanlig måte beskyttet av arbeidsmiljølovens regler om stillingsvern. Gjeninntreden i den samme stillingen vil imidlertid kunne medføre at B må tre ut av sin. Den faktiske virkningen av dette er at Bs rettsstilling endres til tross for at ugyldighetsdommen formelt sett ikke har noen rettskraftvirkning overfor ham. Det oppstår dermed et spørsmål om A i det hele tatt kan få dom for ugyldighet og gjeninntreden uten at B gjøres til part i søksmålet. Dette er det sentrale spørsmålet i oppgavens del 4 om tvungen prosessfellesskap. Poenget i denne sammenhengen er at en slik løsning skaper betydelige uklarheter. Det gjelder ikke bare usikkerheten som knytter seg til ugyldighetsdommens rekkevidde overfor B, men også om retten overhodet har kompetanse til å avsi en dom som i realiteten samtidig pålegger B en plikt til å tre ut av sin stilling.<sup>34</sup>

Ved å begrense As rett til en stilling tilsvarende den vedkommende hadde, vil en styre klar av de krevende spørsmålene som melder seg dersom en fastholder at A og B har krav på den samme stillingen. I normalsituasjonen, hvor det er uproblematisk å ha flere stillinger av den aktuelle typen, vil det vanligvis være en løsning som er til å leve med både for A og arbeidsgiver. B vil dessuten i første omgang kunne holdes utenfor konflikten.

Hvis denne løsningen legges til grunn, betyr det at retten ved å avsi ugyldighetsdom overlater til arbeidsgiver å avgjøre hvordan gjeninntredelsen bør gjennomføres. Har arbeidsgiver en ubemannet stilling av samme art som A opprinnelig var ansatt i, vil det være

---

<sup>34</sup> Sistnevnte poeng er fremhevet av Gimmingsrud (2011) s. 777 i forbindelse med ansettelse av en forbigått fortrinnsberettiget i stillingen som en annen allerede har tiltrådt. Tilsvarende Johansen/Stueland (2015 red.) s. 591 og Skjønberg, Hognestad og Hotvedt (2017) s. 151.

naturlig at A gjeninnsettes i denne. Arbeidsgiver vil imidlertid jevnt over ha dekket arbeidskraftbehovet ved ansettelsen av B. Det kan dermed tenkes at arbeidsgiver blir nødt til å opprette en ny stilling. Det vil i så fall skape en overtallighetssituasjon som må løses ved å innlede en ny oppsigelsesprosess etter aml. § 15-7. Her må arbeidsgiver på vanlig måte definere den relevante utvelgeskrets, hvilke utvelgeskriterier som skal danne grunnlaget for oppsigelsesvurderingen, samt foreta en interesseavveining mellom de arbeidstakerne som inngår i utvelgeskretsen. I denne omgangen kan det tenkes at nyansatte B anses overflødig i bedriften som følge av manglende ansiennitet.

I juridisk teori tar Skjønberg – under henvisning til forarbeidsuttalelsene i arbeidsmiljøloven av 1977 – til orde for at dette er den mest hensiktsmessige løsningen på konflikten hvis det fins eller kan opprettes en tilsvarende stilling å tilby A.<sup>35</sup> Ege synes å være av den samme oppfatningen, og slår kort fast at «[d]e komplikasjoner en ugyldighetsdom måtte medføre, vil arbeidsgiver måtte finne ut av».<sup>36</sup> Hun viser til at det er arbeidsgiver som har begått den rettsstridige handlingen, og at det derfor må være arbeidsgivers ansvar å sørge for at både Bs stillingsvern og As krav på gjeninntreden ivaretas. Med utgangspunkt i offentlige arbeidsforhold anfører Engelsrud at kravet om gjeninntreden må modifiseres til et krav om å tre inn i en tilsvarende stilling dersom en annen i mellomtiden er ansatt.<sup>37</sup>

Det har også blitt hevdet at arbeidsmiljøloven selv åpner for å legge vekt på at en annen arbeidstaker har blitt ansatt i urimelighetsvurderingen etter aml. § 15-12 (1) andre punktum eller 15-14 (3) andre punktum. Det riktige i tilfeller hvor B er ansatt i mellomtiden, vil derfor være å avsi dom for ugyldighet og gjeninntreden med mindre unntaksvilkårene er oppfylt.<sup>38</sup> Samlet sett synes det å være relativt stor konsensus om spørsmålet i teorien.

Fougner hevder på sin side at en ren ugyldighetspåstand ikke vil være tilstrekkelig dersom A ønsker gjeninntreden, men stillingen er besatt av B. Han argumenterer for at B må trekkes inn i søksmålet mot arbeidsgiveren, og at det må nedlegges særskilt påstand om gjeninntreden i den bestemte stillingen.<sup>39</sup> Det er noe uklart om forfatteren mener at dette gjelder generelt, eller om det kun gjelder i de tilfellene hvor arbeidsgiver ikke kan tilby A noen

---

<sup>35</sup> Skjønberg, Hognestad og Hotvedt (2017) s. 482.

<sup>36</sup> Ege (2011) s. 1058.

<sup>37</sup> Engelsrud (2017) s. 352.

<sup>38</sup> Johansen/Stueland (2015 red.) s. 897.

<sup>39</sup> Fougner mfl. (2018) Kommentar til § 15-12.

tilsvarende stilling. Det er imidlertid vanskelig å se noen reell grunn til å oppstille et slikt krav hvis arbeidsgiver faktisk har, eller kan opprette, en tilsvarende stilling. Under slike omstendigheter påvirkes ikke Bs rettigheter direkte, og det fremstår derfor som en unødvendig komplikasjon av opphørstvisten.

Noen autoritativ avklaring foreligger ikke. De nevnte forarbeidsuttalelsene trekker i retning av at løsningen etter gjeldende rett er at A i og med ugyldighetsdommen kun har krav på å tre inn i en stilling tilsvarende den vedkommende hadde. Det samme gjør retts tekniske hensyn, ugyldighetsdommens subjektive rettskraftvirkning samt juridisk teori. B har på sin side rett til å forbli i stillingen, mens arbeidsgiver selv må avgjøre om A, B eller en annen arbeidstaker eventuelt skal sies opp i en etterfølgende nedbemanningsprosess.

### **3.2.3 Betydningen av unntaksbestemmelsene i aml. § 15-12 (1) andre punktum og § 15-14 (3) andre punktum**

I den foregående drøftelsen var konklusjonen at A på grunnlag av ugyldighetsdommen kan kreve gjeninntreden i en stilling tilsvarende den han hadde. Arbeidsmiljøloven § 15-12 (1) andre punktum og § 15-14 (3) andre punktum åpner imidlertid for at retten, etter påstand fra arbeidsgiver, kan «bestemme at arbeidsforholdet skal opphøre» selv om henholdsvis oppsigelsen eller avskjeden er funnet urettmessig. Vilkårene er i begge tilfeller at det gjelder «særlige tilfeller», og at det vil være «åpenbart urimelig» at arbeidsforholdet fortsetter.<sup>40</sup> Spørsmålet er i hvilken grad arbeidsgiver kan påberope seg unntaksbestemmelsene med den begrunnelse at B er ansatt i As tidligere stilling.

Formuleringen «åpenbart urimelig» indikerer at det oppstilles en høy terskel, og at arbeidsgiver kun under spesielle omstendigheter vil høres med en påstand om at arbeidsforholdet skal opphøre til tross for at oppsigelsen eller avskjeden var urettmessig. I forarbeidene til 1977-loven understrekes det i forbindelse med virkninger av usaklig oppsigelse

---

<sup>40</sup> Ordlyden taler for at begge vilkårene må være oppfylt, men i praksis vil de nok normalt sees underrett i en bred helhetsvurdering, jf. Fanebust (2013) s. 305.

etter § 62 (nå § 15-12) at regelen «bare [må] benyttes unntaksvis».<sup>41</sup> Dette synspunktet har Høyesterett sluttet seg til.<sup>42</sup>

Verken ordlyden eller forarbeidene gir anvisning på om det skal vektlegges i urimelighetsvurderingen at arbeidsgiver har ansatt en annen i As tidligere stilling. Det er derfor grunn til å peke på noen av de hensynene som taler for og imot å vektlegge nyansettelsen.

Konflikten som oppstår i og med ansettelsen av B, vil i seg selv kunne tale for at As arbeidsforhold bør opphøre. Hertil kommer hensynet til å skåne tredjeparten B for den belastningen gjeninntreden og en mulig etterfølgende oppsigelsesprosess vil medføre. Av lovforarbeidene fremgår imidlertid at konfliktmomentet ikke nødvendigvis kan tillegges avgjørende vekt: «Det vil f.eks. ikke være nok at forholdet mellom arbeidsgiver og arbeidstaker må anses å være dårlig som følge av tvisten og omstendighetene rundt rettssaken etc. Dette vil være en naturlig følge av en oppsigelsestvist, som normalt ikke må komme arbeidstakeren til skade».<sup>43</sup> Det tilsier at konfliktforholdet mellom A, B og arbeidsgiver vanligvis ikke er tilstrekkelig i seg selv.

Et tungtveiende hensyn mot å legge avgjørende vekt på ansettelsen av B er at det vil kunne åpne for omgåelse av lovens hovedregel om ugyldighet og gjeninntreden. Det kan hende at arbeidsgiver ser sitt snitt til å få besatt As stilling raskt, samtidig som nyansettelsen i realiteten levner A få muligheter til å gjeninntre etter en eventuell rettssak. Det er liten grunn til å beskytte en slik illojal opptreden fra arbeidsgivers side. Selv om ansettelsen av B skulle ha skjedd uten noen slik baktanke, fremstår det som betenkelig å tillegge det avgjørende vekt ved vurderingen av om arbeidsforholdet burde opphøre. Det ville gi grobunn for en uheldig praksis.

Arbeidsmiljøloven § 14-4 regulerer virkningene av at en fortrinnsberettiget arbeidstaker har blitt forbigått. Dersom retten finner at en fortrinnsberettiget skulle ha vært ansatt, gir bestemmelsen retten kompetanse til å avsi dom for ansettelse i stillingen «med mindre dette finnes urimelig», jf. § 14-4 (1). Det legges slik sett opp til en urimelighetsvurdering lignende den i § 15-12 (1) andre punktum og § 15-14 (3) andre punktum.<sup>44</sup> I fortrinnsstilfellene vil som regel noen ha blitt ansatt på bekostning av den fortrinnsberettigede, og det samme spørsmålet

---

<sup>41</sup> Ot.prp. nr. 41 (1975–76) s. 75.

<sup>42</sup> Jf. bl.a. Rt. 1988 s. 959 (*Henkidommen*) s. 967.

<sup>43</sup> Ot.prp. nr. 41 (1975–76) s. 75. Uttalelsene knytter seg til virkninger av usaklig oppsigelse, men synspunktet må som utgangspunkt få anvendelse ved urettmessig opphør generelt.

<sup>44</sup> Terskelen for å konstatere urimelighet er imidlertid lavere i fortrinnsstilfellene, jf. formuleringen «urimelig».



om betydningen av ansettelsen dukker derfor opp. Fougner uttaler i den forbindelse at «[d]ersom en annen allerede er ansatt i stillingen, vil det lett være urimelig å pålegge slik ansettelse [av den fortrinnsberettigede]». <sup>45</sup>

Gimmingsrud trekker på den annen side frem de omgåelsesbetraktningene som er fremhevet ovenfor. Hun skriver at Fougners standpunkt «lett [vil] kunne uthule vernet arbeidstaker har etter reglene om fortrinnsrett». <sup>46</sup> Særlig i fortrinnsstilfeller er det grunn til å være seg bevisst denne problematikken. Det vil nesten alltid være slik at en annen har blitt ansatt i stedet for den fortrinnsberettigede, ettersom det er da § 14-4 aktualiseres. Skulle man legge avgjørende vekt på ansettelsen av den andre arbeidstakeren, ville bestemmelsen i praksis reduseres til en erstatningsbestemmelse. <sup>47</sup>

I LB-1998-1708 ser Borgarting lagmannsrett ut til å anlegge samme perspektiv. En kantine- og postbestyrer i et selskap ble oppsagt som følge av nedbemanning. Etter opphøret gikk arbeidsgiver til oppbemanning, og ansatte en annen fortrinnsberettiget i stillingen som vaktmester. Den oppsagte mente at hun hadde best prioritet til stillingen. Flertallet var enige i det, og kunne heller ikke «se at det i dette tilfellet er grunn til å fravike hovedregelen om dom for tilsetning». Anken til Høyesterett ble tillatt fremmet, men saken ble forlikt før behandling. Avgjørelsen har derfor begrenset rettskildemessig vekt. Den kan like fullt tas til inntekt for at ansettelsen av en annen fortrinnsberettiget ikke i seg selv er avgjørende til hinder for at den forbigåtte får dom for ansettelse. <sup>48</sup>

Det vil sjeldnere oppstå en trepartskonflikt ved opphør av arbeidsforholdet. Ettersom terskelen for urimelighet er høyere etter §§ 15-12 og 15-14, er det likevel liten grunn til å legge større vekt på ansettelsen av B i opphørstilfellene. En annen sak er at det ofte vil gå lang tid mellom opphørsbeslutningen og en rettskraftig dom. Tidsaspektet vil være et moment som taler mot gjeninntreden.

Rettskildebildet trekker etter dette mest i retning av at ansettelsen av B ikke i seg selv kan være avgjørende ved vurderingen av om det vil være «åpenbart urimelig» at arbeidsforholdet fortsetter. Skal arbeidsgiver vinne frem med en slik påstand, må det kunne

---

<sup>45</sup> Fougner mfl. (2018) Kommentar til § 14-4.

<sup>46</sup> Gimmingsrud (2011) s. 776.

<sup>47</sup> Ot.prp. nr. 50 (1993–94) s. 204.

<sup>48</sup> Storeng mfl. (2016) s. 109, Johansen/Stueland (2015) s. 591 og Skjønberg, Hognestad og Hotvedt (2017) s. 150 inntar samme standpunkt.

påvises andre grunner i tillegg, eksempelvis den tid som har forløpt, at arbeidstaker alt i alt har opptrådt kritikkverdig, et høyt konfliktnivå, at A har tatt annet arbeid etc.

### 3.3 Ledende og særlig uavhengige stillinger

Fremstillingen i kapittel 3.2 har bygget på den forutsetning at A har vært ansatt i en stilling på et lavere organisasjonsnivå i virksomheten, og at det fins flere stillinger av den aktuelle stillingstypen. Prinsipielt sett er det imidlertid ingenting i veien for at den samme trepartskonflikten kan oppstå også ved ledende eller særlig uavhengige stillinger. I arbeidsmiljølovens forarbeider sies det om retten til å fortsette i stillingen at «det skal mindre til for at en leder må fratre enn en underordnet ansatt».<sup>49</sup> Det begrunnes blant annet med at det må stilles særlige krav til ansatte i ledende stillinger. Det faktum at retten til å fortsette i stillingen står svakere for denne gruppen, bidrar til å aktualisere spørsmålet.

Ledende stillinger kan være svært forskjellige alt etter hvilket administrasjonsområde det er snakk om og hvilke oppgaver som omfattes av stillingen. I aksjeselskaper er det for eksempel gjerne slik at man har en daglig leder som har det overordnede ansvaret for driften og ledelsen av selskapet, men samtidig flere ulike avdelinger som har hver sin leder med spesialkompetanse innenfor det konkrete avdelingsområdet. Eksempler på slike avdelinger er markeds- og økonomiavdelinger. Aksjeloven er ikke til hinder for å ha flere daglige ledere eller andre lederstillinger. Av hensyn til behovet for klare ansvarsforhold vil det imidlertid jevnt over være upraktisk og lite ønskelig at mer enn én person innehar den aktuelle lederstillingen. Denne typen stillinger skiller seg derfor prinsipielt sett fra stillinger av mer underordnet karakter, hvilket begrunner sontringen.

Særlig uavhengige og selvstendige stillinger er av en noe mer udefinerbar karakter. I denne sammenhengen er det tilstrekkelig å vise til de utgangspunktene som gjelder etter aml. § 10-12 (2), som åpner for å unnta arbeidstakere «i særlig uavhengig stilling» fra arbeidsmiljølovens arbeidstidsbestemmelser. I arbeids- og sosialkomiteens innstilling til lov om endringer i arbeidsmiljøloven fremholdt komiteen at unntaket «gjelder arbeidstakere som selv prioriterer sine oppgaver, som selv bestemmer hva de skal gjøre, hva som skal delegeres til

---

<sup>49</sup> Ot.prp. nr. 49 (2004–2005) s. 239.

andre, når arbeidet skal utføres og hvordan arbeidet skal utføres».<sup>50</sup> Dermed vil også arbeidstakere som ikke er i en ledende stilling, kunne ha en særlig uavhengig stilling. Det vil blant annet ofte være tilfellet for advokater. Slike stillinger kjennetegnes av en slik grad av selvstendighet og autonomi at det noen ganger er vanskelig å opprette en helt tilsvarende stilling. Av den grunn drøftes også denne typen stillinger under dette punktet.

I kapittel 3.1.3 ble det lagt til grunn at arbeidsgiver kan ta et forbehold i forhåndsavtale dersom B er virksomhetens øverste leder, jf. aml. § 15-16 (2). I den grad et slikt forbehold tilfredsstillter kriteriene i § 15-16 (2), vil det forhindre at en trepartskonflikt oppstår. B vil være forpliktet til å fratru sin stilling som virksomhetens øverste leder, mens A i og med ugyldighetsdommen vil ha krav på å tre inn i den.

Har arbeidsgiver ikke tatt noe gyldig forbehold, må det også ved ledende og særlig uavhengige stillinger gjøres en vurdering av hva som etter gjeldende rett er løsningen på trepartskonflikten der B har blitt ansatt i As tidligere stilling. De to grunnleggende arbeidsrettslige hensyn som står mot hverandre, er fremdeles hensynet til å realisere As rett til gjeninntreden på den ene siden, og hensynet til å ivareta Bs stillingsvern på den andre. Når det gjelder det rettslige grunnlaget og utgangspunktene for vurderingen, kan det i det vesentlige vises til redegjørelsen i kapittel 3.2.

Et sentralt argument i favør av å begrense As rett til gjeninntreden i en stilling *tilsvarende* den vedkommende hadde, var de siterte forarbeidsuttalelsene til arbeidsmiljøloven av 1977 § 66 om avskjed. Forarbeidene forutsetter at det fins – eller i det minste kan opprettes – en stilling tilsvarende den A hadde før opphøret. For ledende og uavhengige stillinger vil det normalt ikke være noen tilsvarende stilling for A til å gjeninntre.<sup>51</sup> Konflikten mellom A og B kan dermed ikke avhjelpest ved at A gjeninnsettes i en tilnærmet lik stilling som den B innehar, hvilket svekker uttalelsenes relevans for typetilfellet betydelig.

Det er følgelig utfordringer forbundet med å forutsette at A kun kan kreve dom for en tilsvarende ledende eller særlig uavhengig stilling, først og fremst fordi det gjerne er praktiske hindringer i veien for at arbeidsgiver kan ansette flere enn én person i slike stillinger. Når det gjelder lederstillinger, kan også A og B oppleve en slik løsning som utilfredsstillende.

---

<sup>50</sup> Innst.O. nr. 18 (2005–2006) s. 10.

<sup>51</sup> Jf. Fougner mfl. (2018) Kommentar til § 15-12. Dette synspunktet gjelder ikke ubetinget for særlig uavhengige stillinger. Her kan det i større grad tenkes at flere er ansatt i mer eller mindre tilsvarende stillinger, eksempelvis faste advokater og arkitekter.

Arbeidstakers forutsetning er ofte at vedkommende har ansvaret og kompetansen alene. Å dele et slikt lederansvar med en annen vil da være lite attraktivt.

For ledende og særlig uavhengige stillingers vedkommende må utgangspunktet etter mitt syn være at både A og B har rett til den samme stillingen dersom en tilsvarende stilling ikke kan opprettes. Det følger av henholdsvis arbeidsmiljøloven §§ 15-12 (1) første punktum og 15-7 (1). Skjønberg<sup>52</sup> og Johansen/Stueland<sup>53</sup> synes å være av den samme oppfatningen, riktignok i relasjon til trepartskonflikten generelt. Med dette som utgangspunkt kommer konflikten på spissen.

Det er klart at to arbeidstakere ikke kan forbli ansatt i den samme stillingen. Det gjør det nødvendig å vurdere interessene til A og B opp mot hverandre. Både A og B er i utgangspunktet beskyttet av arbeidsmiljølovens stillingsvern, slik at ingen av dem kan fortrenge den andres rett til stillingen, jf. kapittel 3.1.1. Samtidig må nødvendigvis en av dem fratre for å løse den umulighetssituasjonen ugyldighetsdommen vil skape. Slik jeg ser det, er det to nærliggende måter å løse det på:

Det første alternativet er at arbeidsmiljølovens verneregler gis full realitet både overfor A og stillingsinnehaver B, og at arbeidsgiver derved tvinges til å foreta en oppsigelsesvurdering etter arbeidsmiljøloven § 15-7. I et slikt tilfelle vil A og B, som de eneste ansatte i den overtallige stillingstypen, trolig utgjøre den relevante utvelgeskretsen, og det blir dermed opp til arbeidsgiver å foreta et valg mellom dem.

Det rettslige utgangspunktet ved nedbemanning er at «virksomheten» utgjør den relevante utvelgeskretsen, jf. aml. § 15-7 (2). Nedbemanningsspørsmålet må dermed vurderes med grunnlag i hele den juridiske enheten. Utvelgeskretsen kan imidlertid innsnevres dersom det er saklig grunn til det, jf. f.eks. HR-2018-880-A (*Preziosodommen*) avsnitt 40. En trepartskonflikt som den skisserte vil antageligvis være en tilstrekkelig saklig grunn.

I tiden mellom ugyldighetsdommen og gjennomføringen av nedbemanningsprosessen vil arbeidsgiver dermed være nødt til å gi både A og B relevant arbeid og lønn.

---

<sup>52</sup> Skjønberg, Hognestad og Hotvedt (2017) s. 481.

<sup>53</sup> Johansen/Stueland (2015 red.) s. 896.

Det andre alternativet er at domstolen selv, i ugyldighets søksmålet mot arbeidsgiver, tar stilling til hvilken av arbeidstakerne som må vike for den andre, slik at oppsigelsesvurderingen foretas av retten i stedet for av arbeidsgiver i en etterfølgende nedbemanningsprosess. Det vil i realiteten si at B dømmes til å fratrukke sin stilling dersom A gis rett til å gjeninntre.

Et argument for å velge den førstnevnte løsningen er at det på mange måter vil være best overensstemmende med arbeidsmiljølovens system.<sup>54</sup> Lovens klare utgangspunkt er at B er omfattet av det oppsigelsesvernet som følger av aml. § 15-7, jf. § 1-9. Å betrakte A og B som likeverdige til stillingen er i størst grad egnet til å ivareta begge parter stillingsvern.

I samme retning trekker det faktum at det er arbeidsgiver som først og fremst kan klandres for at konflikten har oppstått. En kan se det slik at arbeidsgiver – enten bevisst eller ubevisst – har tatt en sjans ved å ansette B før det er avklart om A vil ha krav på gjeninntreden i stillingen.<sup>55</sup> Dersom Bs rett fortrenses av ugyldighetsdommen, vil B bli skadelidende for arbeidsgivers kritikkverdige opptreden.

Hensynet til en fornuftig arbeidsfordeling mellom domstolene og arbeidsgivere er også av betydning. Domstolene skal i oppsigelsestvister først og fremst vurdere rettmessigheten av arbeidsgivers oppsigelsesbeslutning. Den forutgående, arbeidsfaglige oppsigelsesvurderingen er det i første rekke arbeidsgivers oppgave å foreta. Dersom B i og med ugyldighetsdommen må tre ut av sin stilling, vil imidlertid retten ha gjort denne avveiningen på vegne av arbeidsgiver – uten at arbeidsmiljølovens krav til arbeidsgivers saksbehandling og vurderinger følges.<sup>56</sup> Det er tvilsomt om retten i det hele tatt har noe rettslig grunnlag for å dømme en arbeidstaker til å fratrukke sin stilling som en konsekvens av at en forutgående opphørsbeslutning kjennes ugyldig.

På den annen side er det ikke gitt at arbeidsgiver – i en opphørstvist som gjerne har blitt stadig mer betent – er best egnet til å foreta en objektiv vurdering av om det er A eller B som i lys av de relevante utvelgelseskriteriene skal sies opp. Arbeidsgivers oppsigelsesvurdering vil komme i kjølvannet av ugyldighetsdommen, noe som kan tenkes å ha en innvirkning på

---

<sup>54</sup> Johansen/Stueland (2015 red.) s. 897.

<sup>55</sup> Jf. Johansen/Stueland (2015 red.) s. 898 og Skjønberg, Hognestad og Hotvedt (2017) s. 483, som viser til førstnevnte.

<sup>56</sup> Gimmingsrud (2011) s. 777.

prosessen. Det er derfor etter mitt syn ikke uten videre gitt at arbeidsgiver er i en bedre posisjon enn retten til å vurdere interessene til A og B mot hverandre.

Et standpunkt om at arbeidsgiver må innlede en nedbemanningsprosess som følge av ugyldighetsdommen, vil dessuten kunne medføre en svekkelse av As rettsstilling. A var den som opprinnelig var ansatt i stillingen og omfattet av arbeidsmiljølovens beskyttelsesregler, men ble utsatt for en urettmessig oppsigelse eller avskjed. I de aller fleste tilfeller ville en ugyldighetsdom innebære at arbeidsforholdet besto som før. På grunn av nyansettelsen tvinges imidlertid A inn i en nedbemanningsprosess som potensielt kan ende med oppsigelse. Det taler for at konflikten bør løses allerede i ugyldighetssøksmålet.

Et annet moment, som henger nært sammen med det prosessuelle spørsmålet om tvungent prosessfelleskap, er at denne løsningen vil kunne legge til rette for at interessene til både A og B blir belyst for retten. Det forutsetter imidlertid at B gjøres til part i søksmålet, og at vedkommende derved gis mulighet til å redegjøre for sitt syn på saken. Dette momentet er fremhevet av Fougner, som forutsetter at retten kan avsi dom for gjeninntreden i den stillingen som B innehar hvis vedkommende trekkes inn i saken.<sup>57</sup> Etter hans syn kan det i et slikt tilfelle ikke avsies dom for ugyldighet uten at det gjøres.

All den tid det ikke foreligger noen avklarende uttalelser om spørsmålet, må vurderingen fortrinnsvis bero på en avveining av de hensynene som gjør seg gjeldende. Særlig sentralt står hensynet til å ivareta både As og Bs rettigheter etter verneavgivningen. Verken A eller B har førsteprioritet til arbeidsmiljølovens stillingsvern, noe som tilsier at de må behandles på lik linje i en etterfølgende nedbemanningsprosess. Selv om det vil kunne svekke As rett til gjeninntreden, virker dette å være best i tråd med arbeidsmiljølovens intensjoner.

Den løsningen som alt i alt synes å ha størst rettskildemessig dekning, er at A og B har den samme retten til den ledende eller særlig uavhengige stillingen, og at de begge har arbeidsrett og -plikt overfor arbeidsgiver i tiden frem til utløpet av nedbemanningsprosessen. Spørsmålet må imidlertid anses for å være uavklart.

Skulle dette bli utfallet av ugyldighetssøksmålet, kan alternativer til nedbemanning være aktuelt for arbeidsgiver. Er det for eksempel snakk om stillingen som leder av en bestemt avdeling i virksomheten, må ikke nødvendigvis A eller B sies opp. Ved å dele opp den aktuelle

---

<sup>57</sup> Fougner mfl. (2018) Kommentar til § 15-12.

avdelingen i to selvstendige underavdelinger kan A og B overta ansvaret for hver sin underavdeling. Man kan for eksempel tenke seg to seksjoner av økonomiavdelingen med ulike ansvarsområder. En oppdeling som denne vil trolig ligge innenfor arbeidsgivers styringsrett, slik at det ikke er nødvendig å gå til endringsoppsigelse av A eller B.<sup>58</sup> På den måten vil begge arbeidstakeres interesser langt på vei ivaretas. Når det er sagt, vil en slik ordning bare være et alternativ såfremt det er økonomisk forsvarlig å beholde både A og B.

Endelig er det grunn til å nevne at arbeidsgiver oftere vil gis medhold i at det er «åpenbart urimelig» at As arbeidsforhold fortsetter der stillingen er av ledende eller særlig uavhengig art, jf. aml. § 15-12 (1) andre punktum. I slike stillinger gjør særlige tillitskrav seg gjeldende. Dersom opphøret skyldtes arbeidstakers forhold, vil situasjonen kunne være at A ikke lenger nyter den nødvendige tilliten.<sup>59</sup> Selv om oppsigelsen skyldtes virksomhetens forhold, vil tvisten kunne ha skapt et motsetningsforhold som forsurer samarbeidsmiljøet eller gjør at tilliten har forsvunnet.<sup>60</sup> Av den grunn vil antageligvis trepartskonflikten sjeldnere aktualiseres for ledende og særlig uavhengige stillingers vedkommende.

### **3.4 Rettslige skranker for å ha flere ansatt i samme stilling**

Selv om det ofte vil være upraktisk å ha flere enn én ansatt i ledende og særlig uavhengige stillinger, er det rent rettslig stort sett ikke noe i veien for at to arbeidstakere kan være ansatt som ledere eller lignende. Det gjelder ikke alle stillingstyper. I enkelte tilfeller er det uttrykkelig lovregulert at bare én person kan fungere i en bestemt stilling. Er det gitt slik lovbestemmelse, er det rettslig sett umulig å ha A og B ansatt samtidig. Den ovennevnte løsningen fremstår derfor som uaktuell. En stilling som har blitt nevnt i denne sammenheng, er stillingen som administrasjonssjef i kommunen, jf. kommuneloven § 22 nr. 1.<sup>61</sup> Et annet eksempel er embetet som sorenskriver, jf. domstolloven § 19 (1) første punktum.<sup>62</sup>

---

<sup>58</sup> Arbeidsmiljøloven opererer ikke med termen endringsoppsigelse. Den brukes om noe ulike situasjoner i arbeidsrettslig sammenheng. Dette faller utenfor oppgavens tema, og jeg lar det derfor ligge.

<sup>59</sup> Et eksempel er Borgarting lagmannsretts dom i LB-2002-3586. Retten anså oppsigelsen av en bygnings- og reguleringssjef usaklig begrunnet, men fant likevel at arbeidsforholdet burde opphøre.

<sup>60</sup> Ege (2011) s. 1059.

<sup>61</sup> Eksempelet brukes blant annet i NOU 2001: 32 A s. 200.

<sup>62</sup> Sorenskrivere kan imidlertid bare avsettes ved dom, jf. Grunnloven § 22 (2).

Dersom lovgivningen selv setter skranker for å ha to personer ansatt i samme stilling, er det ikke engang mulig å ha A og B ansatt i en mellomperiode før nedbemanningsprosessen. Skal A gis medhold i kravet om ugyldighet og gjeninntreden, vil det ikke være noen vei utenom at B på sin side trer ut. B har naturligvis sitt stillingsvern i behold også ved ansettelse i en slik stilling, hvilket taler mot at domstolene skal kunne foreta en vurdering av om B må tre ut av stillingen. En slik konklusjon ville imidlertid innebære at A overhodet ikke kan kreve gjeninntreden. Det ville etter mitt syn ha vært en større svekkelse av As vern mot urettmessig opphør av arbeidsforholdet. I de få tilfellene hvor det ikke er rettslig adgang til å ha både A og B ansatt, må det derfor legges til grunn at domstolen har kompetanse til å avsi dom om at B trer ut av stillingen.<sup>63</sup> Dersom B dømmes til å tre ut av stillingen, vil det kunne være aktuelt å holde arbeidsgiver erstatningsansvarlig.

---

<sup>63</sup> Skoghøy synes å forutsette det samme, riktignok i relasjon til offentlige ansettelsesvedtak, se Skoghøy (2002) s. 358. Jeg forstår også Tvistemålsutvalget slik at det anser dette tilfellet for å være et reelt trepartsforhold, NOU 2001: 32 A s. 200.



# 4 Trepartskonfliktens prosessuelle side

## 4.1 Innledning

I det foregående har objektet for den rettslige analysen vært de materielle spørsmålene knyttet til treparts konflikten: Hvordan skal arbeidervernrettighetene til A og B veies mot hverandre etter gjeldende rett? Som følge av den uvanlige partskonstellasjonen oppstår det imidlertid også utfordrende prosessuelle spørsmål i slike opphørstilfeller. Å behandle utførlig alle de prosessuelle spørsmål slike saker kan reise, ville sprengte rammene for fremstillingen. Jeg begrenser meg derfor til å se nærmere på et bestemt spørsmål angående prosessfellesskap: Kan A nøye seg med å anlegge ugyldighets søksmål mot arbeidsgiver alene, eller må også den begunstigede arbeidstaker B saksøkes?

Det er allerede her grunn til å bemerke at det er en nær sammenheng mellom vurderingen av de materielle spørsmålene og spørsmålet om prosessfellesskap, i den forstand at løsningen på de førstnevnte spørsmålene vil legge klare føringer for svaret på det sistnevnte. Selv om spørsmålene tematisk sett behandles hver for seg i denne oppgaven, kan de derfor ikke besvares uavhengig av hverandre. Det er et sentralt poeng som vil komme til syne i den rettslige drøftelsen.

## 4.2 Tvungent prosessfellesskap – allmenne synspunkter

Tvisteloven § 1-3 stiller krav til søksmålgjenstand, partstilknytning og søksmåls situasjon for at et søksmål skal kunne fremmes for domstolene. Tradisjonelt har vilkårene blitt omtalt samlet som et krav om *rettslig interesse*.<sup>64</sup> De utgjør en del av de absolutte prosessforutsetningene. At prosessforutsetningene er absolutte, betyr for det første at retten av eget tiltak skal prøve om lovens vilkår er oppfylt. For det andre betyr det at saken skal avvises om et av kravene til

---

<sup>64</sup> Jf. Schei mfl. (2013). s. 15. Tidvis brukes begrepet «rettslig interesse» som en samlebetegnelse kun for aktualitets- og tilknytningskravet, jf. Robberstad (2013) s. 89–90.

søksmålgjenstand, partstilknytning eller søksmålsituasjon ikke er oppfylt, med mindre feilen kan rettes.<sup>65</sup>

I bestemmelsens andre ledd heter det at den som reiser sak for domstolene, må kunne påvise et «reelt behov» for å få kravet avgjort overfor saksøkte. Hvorvidt det er tilfellet, avgjøres etter en samlet vurdering av «kravets aktualitet» og «partenes tilknytning til det». I sistnevnte kriterium ligger blant annet at saksøker må fremme kravet sitt mot rette vedkommende.

Normalt er det uproblematisk å avgjøre hvem som er riktig saksøkt i et søksmål. Det vil være den som, hensett til tvistegjenstanden, er berettiget eller forpliktet overfor saksøkeren. Mener en arbeidstaker seg urettmessig oppsagt eller avskjediget, må et søksmål om opphørets rettmessighet i utgangspunktet rettes mot arbeidsgiver. Arbeidsgiver er den som er forpliktet til å etterleve arbeidsmiljølovens verneregler.

I enkelte tilfeller kan imidlertid også tredjeparter ha en mer eller mindre direkte tilknytning til det kravet saksøker pretenderer å ha. Da kan det oppstå spørsmål om denne tredjeparten må trekkes inn som saksøkt for at kravet til rettslig interesse skal være oppfylt. Hvis spørsmålet besvares bekreftende, stilles det et krav om *tvungent prosessfelleskap* i den bestemte relasjonen.

Det er en nær sammenheng mellom den passive søksmålskompetanse og bestemmelsen i tvisteloven § 19-15 (1) første punktum om dommers subjektive rettskraft. En rettskraftig avgjørelse er som klar hovedregel kun «bindende for partene». Utenforstående tredjeparter vil dermed være ubundet av dommen. Dersom en bestemt påstand «[g]riper inn i ... rettigheter og plikter» som en tredjepart har, må vedkommende av hensyn til dommens rettskraftvirkning gjøres til part i saken.<sup>66</sup> Synspunktet er at saksøkeren ellers ikke vil oppnå noe med dommen, ettersom den ikke kan brukes som tvangsgrunnlag for å gripe inn i tredjepersonens rettigheter eller plikter.

Et klassisk eksempel på slike trepartsforhold er saker om gyldigheten av forvaltningsvedtak. Når forvaltningen ved et vedtak tildeler noen et knapphetsgode, vil det gjerne være flere som konkurrerer om det samme godet. Dersom en forbigått søker velger å

---

<sup>65</sup> Se eksempelvis Skoghøy (2017) s. 258. I Rt. 2011 s. 1502 avsnitt 52 flg. fant Høyesterett at uriktig partsangivelse er en feil som etter sin art kan rettes i medhold av tvl. § 16-5.

<sup>66</sup> Rt. 2011 s. 1502 avsnitt 35.

anlegge ugyldighetssøksmål mot forvaltningen for selv å oppnå retten til godet, er spørsmålet om også den tredjeparten som er tilgodesett i vedtaket, må saksøkes. Spørsmålet oppstår fordi en ugyldighetsdom overfor det aktuelle forvaltningsorganet ikke vil ha rettskraftvirkning overfor den tilgodesette, slik at det kan være usikkert hva saksøker oppnår ved å vinne frem med ugyldighetspåstanden.

Twistemålsutvalget utformet i sitt forslag til ny § 1-5 i tvisteloven en bestemmelse om tvungent prosessfellesskap i offentligrettslige trepartsforhold dersom «saksøkerens interesse i kravet om ugyldighet nødvendiggjør at vedkommende [den begunstigede] ikke skal kunne utøve denne rettigheten».<sup>67</sup> Departementet fulgte imidlertid ikke opp utvalgets forslag, og noen bestemmelse om tvungent prosessfellesskap i offentligrettslige trepartsforhold ble dermed ikke vedtatt.<sup>68</sup> I Rt. 2015 s. 641 kom Høyesterett enstemmig til at departementet på dette punktet måtte tas på ordet.<sup>69</sup> Etter avgjørelsen er det, *de lege lata*, på det rene at det ikke kan oppstilles en regel om tvungent prosessfellesskap i offentligrettslige trepartsforhold. Hvorvidt også den private part må saksøkes, må derfor avgjøres etter det alminnelige tilknytningskravet i tvl. § 1-3 (2).

Også i privatrettslige forhold kan det oppstå spørsmål om en utenforstående tredjepart må gjøres til part for at kravet om rettslig interesse skal være oppfylt. Lenge var dette et nokså utforsket problemfelt i norsk rett, men fra 2002 og utover har Høyesterett behandlet en rekke saker vedrørende tvungent prosessfellesskap.<sup>70</sup> I Rt. 2002 s. 816 hadde saksøkeren reist krav overfor et aksjeselskap om innføring i aksjeeierboken av eiendomsrett til aksjer som en annen hevdet å være eier av. Hvis saksøker ble gitt medhold, ville det innebære at eiendomsretten til aksjene ble overført til ham. Den utenforstående eierpretendenten ville derved miste sin eiendomsrett til de omtvistede aksjene. Tvisten sto derfor reelt sett mellom de to eierpretendentene. Kjæremålsutvalget kom på denne bakgrunn til at saksøkeren ikke kunne få dom for kravet uten at den andre eierpretendenten ble trukket inn i saken.

---

<sup>67</sup> NOU 2001: 32 B s. 653.

<sup>68</sup> Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 151.

<sup>69</sup> Dommens avsnitt 47.

<sup>70</sup> Aasland (2015) s. 468 med videre henvisninger til rettspraksis.

Heller ikke i privatrettslige forhold gjelder det en generell regel om tvungent prosessfellesskap etter norsk rett.<sup>71</sup> Dersom ikke annet er særskilt bestemt, må derfor spørsmålet om tvungent prosessfellesskap avgjøres konkret med utgangspunkt i en tolkning av tvl. § 1-3 (2).

Generelt sett kan flere hensyn tale for at en berørt tredjeperson trekkes inn i et søksmål. Ett hensyn er som nevnt at dommens rettskraftvirkning vil begrenses betydelig om den berørte tredjeparten ikke trekkes inn, slik at saksøkeren i realiteten risikerer å oppnå lite med søksmålet uten å utvide partsfellesskapet. Et annet er hensynet til sakens opplysning. Mulighetene for å belyse alle sakens faktiske sider er større dersom også tredjeparten gjøres til part. Tvistemålsutvalget fremholder videre at saksøkeren «på et tidlig tidspunkt tvinges til å tenke nøye gjennom hva han ønsker å oppnå med søksmålet», og at det kan bidra til en ønsket klargjøring av tvistegjenstanden.<sup>72</sup> Selv om utvalgets forslag ikke ble fulgt opp, er fremdeles disse hensynene av betydning ved tilknytningsvurderingen etter tvl. § 1-3 (2).<sup>73</sup>

Det er imidlertid viktig å ha i mente at vurderinger omkring tvungent prosessfellesskap etter sin natur vil være svært konkrete. Det avgjørende er i siste instans om saksøker kan oppnå den rettsstilling som påstanden forutsetter uten at en utenforstående tredjeparts rettsstilling påvirkes tilsvarende.

## **4.3 Tvungent prosessfellesskap i opphørstvister**

### **4.3.1 Generelle utgangspunkter**

En arbeidstaker som mener seg urettmessig oppsagt eller avskjediget, kan reise sak om rettmessigheten av opphøret. Det er arbeidsgiver som har begått den påstått rettsstridige handlingen, og det er derfor naturlig at arbeidsgiver må saksøkes enten det kreves dom for ugyldighet, erstatning eller begge deler, jf. kapittel 4.2. I de aller fleste tilfeller vil ikke noen

---

<sup>71</sup> Tvistemålsutvalget vurderte å foreslå at tvl. § 1-5 (2) skulle gjelde tilsvarende i privatrettslige forhold, men kom til at det ville være vanskeligere å forutse virkningene av en slik bestemmelse, jf. NOU 2001: 32 B s. 654.

<sup>72</sup> NOU 2001: 32 B s. 654.

<sup>73</sup> Rt. 2011 s. 1502 avsnitt 40.

andre ha en slik tilknytning til tvistegjenstanden at spørsmålet om tvungent prosessfellesskap oppstår.

Der A ikke har stått i stillingen og B i mellomtiden er blitt ansatt, kan dette stille seg annerledes. Nedlegger A utelukkende påstand om erstatning, er det åpenbart unødvendig å saksøke nyansatte B. En eventuell erstatningsplikt for arbeidsgiver griper ikke inn i Bs rettigheter eller plikter.<sup>74</sup> Nedlegges det påstand om ugyldighet, innebærer det derimot normalt et krav om gjeninntreden. Det at A gis rett til å tre inn igjen i stillingen, kan tenkes å ha betydning for Bs rett til å bli stående i sin. Følgelig aktualiseres spørsmålet om tvungent prosessfellesskap.

I utgangspunktet beror det på en tolkning av As påstand om B må saksøkes for at A skal kunne oppnå den ønskede rettsvirkningen ved dommen. Dersom A nedlegger påstand om ugyldighet med sikte på gjeninntreden, kan løsningen på det prosessuelle spørsmålet tenkes å avhenge av hva slags typetilfelle en står overfor. Spørsmålet om også B må trekkes inn i søksmålet, vil i det følgende drøftes med utgangspunkt i de typetilfellene som ble gjennomgått i del 3.

### **4.3.2 Tvungent prosessfellesskap hvor arbeidsgiver har tatt et forbehold**

Under drøftelsen av de materielle spørsmålene tok jeg til orde for at B som hovedregel ikke er bundet av arbeidsgivers forbehold om fratreden dersom A skulle få dom for at opphøret var ugyldig. Dette stilte seg annerledes for virksomhetens øverste leder. Der B ansettes som virksomhetens øverste leder, kan arbeidsgiver i medhold av arbeidsmiljøloven § 15-16 (2) bli enig med B om fratreden hvis oppsigelsen eller avskjeden av A anses ugyldig, jf. kapittel 3.1.3. Er et slikt forbehold tatt, vil B ha plikt til å fratru sin stilling mot etterlønn etter krav fra arbeidsgiver. At A får dom for ugyldighet og gjeninntreden, vil dermed ikke gripe inn i de rettigheter B har etter sitt ansettelsesforhold. Treparskonflikten oppstår derfor overhodet ikke, hvilket innebærer at B naturlig nok ikke må trekkes inn i søksmålet.

---

<sup>74</sup> Tvistemålsutvalget benytter det samme eksempelet i NOU 2001: 32 A s. 200.

Konklusjonen må være at A verken må eller kan saksøke B dersom B innad i rettsforholdet til arbeidsgiver er forpliktet til å fratre stillingen om A gis medhold i ugyldighetspåstanden.

### 4.3.3 Tvungent prosessfellesskap i normalsituasjonen

Forutsetningen under dette punktet er at arbeidsgiver ikke har tatt forbehold ved ansettelsen av B, og at det fins eller kan opprettes flere enn én stilling av den stillingstypen som A var ansatt i. I kapittel 3.2.2 var konklusjonen at dersom stillingen A krever gjeninntreden i, er av en slik karakter at det er eller kan være flere av den i bedriften, kan A kun kreve gjeninntreden i en stilling tilsvarende den hun hadde. Samtidig er det arbeidsgiver som må avgjøre om det er en slik stilling ledig, om det må opprettes en ny, og om det eventuelt blir nødvendig å initiere en nedbemanningsprosess som følge av at både A og B er ansatt.

Konsekvensen av denne løsningen er at det ikke oppstår noen rettighetskollisjon i forholdet mellom A og B. A får rett til å fortsette arbeidsforholdet hos arbeidsgiver i en stilling tilsvarende den han hadde, mens B på sin side forblir uberørt av ugyldighetsvirkningen. Opphørstvisten angår derfor heller ikke i denne situasjonen Bs rettigheter etter ansettelsesforholdet. Utfallet av det materielle spørsmålet får slik sett direkte betydning for vurderingen av om B må trekkes inn i søksmålet mot arbeidsgiver.

Dette synes også å være holdningen i juridisk teori. Skjønberg gir uttrykk for at spørsmålet om tvungent prosessfellesskap «først og fremst [er] aktuelt der arbeidsgiver ikke har en tilsvarende stilling å tilby A».<sup>75</sup> I kommentarutgaven til tvisteloven står det at «[d]ersom en dom for ugyldighet ikke vil frata eller svekke den posisjonen tredjemann oppnådde ved vedtaket, er det ikke noe vilkår om at han skal trekkes inn som part. Da er det ingen konflikt mellom kravet i saken og tredjemanns posisjon».<sup>76</sup>

Det følger av det ovennevnte at A ikke behøver å trekke B inn i søksmålet mot arbeidsgiver der arbeidsgiver har eller kan opprette en tilsvarende stilling som A kan gjeninntre i.

---

<sup>75</sup> Skjønberg, Hognestad og Hotvedt (2017) s. 482.

<sup>76</sup> Schei mfl. (2013) s. 41.

#### 4.3.4 Tvungent prosessfellesskap utenfor normalttilfellet

Som vi tidligere har sett, lar det seg ikke alltid gjøre å opprette en stilling tilsvarende den B har blitt ansatt i. Det er i slike tilfeller at spørsmålet om tvungent prosessfellesskap reelt sett kommer på spissen, all den tid den enes rett til stillingen på sett og vis utelukker den andres.

I Rt. 2011 s. 841 (*Undervisningsinspektørdommen*) dukket spørsmålet om tvungent prosessfellesskap i opphørstvister opp. Saken gjaldt en undervisningsinspektør ved en skole i Oslo kommune som ble besluttet omplassert til en tilsvarende stilling i kommunen. Arbeidstakeren gikk til sak mot kommunen og hevdet at omplasseringen lå utenfor arbeidsgivers styringsrett og utgjorde en ulovlig endringsoppsigelse. På den bakgrunn ble det nedlagt påstand om ugyldighet, subsidiært urettmessighet og erstatning.

Underveis i saken ble en annen arbeidstaker ansatt i undervisningsinspektørens stilling. For lagmannsretten oppsto spørsmålet om den omplasserte arbeidstakeren kunne få dom for ugyldighet uten at den nyansatte ble gjort til medsaksøkt. Lagmannsretten avsa kjennelse i LB-2010-56950 med følgende slutning: «Kravet om dom for at oppsigelsen er ugyldig, avvises». Begrunnelsen var at en ugyldighetsdom ikke ville ha rettsvirkning for den nyansatte, og at det derfor var vanskelig å se hva slags betydning en slik dom ville ha for saksøkers egen rettsstilling. Ettersom saksøker hadde nedlagt subsidiær påstand om at oppsigelsen skulle kjennes urettmessig, tok imidlertid lagmannsretten stilling til om omplasseringen lå innenfor arbeidsgivers styringsrett. Lagmannsretten besvarte spørsmålet benektende, og tilkjente arbeidstaker kr 70 000 i erstatning.

Både lagmannsrettens dom og kjennelsen vedrørende rettslig interesse ble påanket og tillatt fremmet for Høyesterett. I dommen kom Høyesterett til at omplasseringen av undervisningsinspektøren lå innenfor rammene av styringsretten. Kommunen ble frifunnet både for kravet om ugyldighet, urettmessighet og erstatning, og det var derfor unødvendig for utfallet å avgjøre kjennelsesspørsmålet. Siden det hadde betydning for sakskostnadsspørsmålet, og fordi det var et behov for rettsavklaring, fant likevel retten grunn til å behandle spørsmålet (avsnitt 72).

Førstvoterende bemerker innledningsvis at en oppsagt arbeidstaker kan ha rettslig interesse i kun å få dom for at oppsigelsen var urettmessig (avsnitt 76). Deretter fastslås det at en påstand om ugyldighet må forstås som et krav om gjeninntreden der arbeidstaker ikke har

stått i stillingen, og at det derfor ikke er et krav om å nedlegge særskilt påstand om gjeninntreden selv der stillingen er besatt av en annen når saken reises (avsnitt 77). Det følger av dette at det er tilstrekkelig å nedlegge ugyldighetspåstand selv om arbeidstaker skulle ønske gjeninntreden i stillingen han eller hun ble oppsagt fra. Drøftelsen gjelder formelt sett oppsigelsestilfeller, men det er neppe grunn til å besvare spørsmålet annerledes ved avskjed.

Etter å ha redegjort for de rettslige utgangspunktene, går førstvoterende over til det påankede spørsmålet om tvungent prosessfellesskap. Retten påpeker først at verken arbeidsmiljøloven eller tvisteloven inneholder særbestemmelser om tvungent prosessfellesskap i oppsigelsessaker, og at løsningen «derfor [må] bero på den alminnelige regel i tvisteloven § 1-3 andre ledd». Deretter følger en svært kortfattet tolkning og subsumsjon i avsnitt 78:

«Selve lovbestemmelsen gir liten veiledning. Men det fremgår av Tvistelovutvalgets innstilling at man ikke så det som naturlig å kreve at den oppsagte også reiser sak mot den som har trådt inn i stillingen etter oppsigelsen, ettersom arbeidsgiver etter arbeidsrettslige regler vil kunne ha plikt til å la den oppsagte fortsette i arbeid uten hensyn til om også den nyansatte fortsetter, jf. NOU 2001:32A side 200.»

Høyesterett fant på denne bakgrunn at den omplasserte arbeidstakeren hadde rettslig interesse i å få dom for at en eventuell endringsoppsigelse var ugyldig, selv om den nyansatte ikke ble trukket inn i søksmålet.

#### **4.3.5 Rettslige implikasjoner av Undervisningsinspektørdommen**

Det første spørsmålet som reiser seg, er hvor langt Høyesteretts uttalelser strekker seg. Avklarer Høyesterett med dette at det generelt ikke er nødvendig å saksøke nyansatte B i et ugyldighetssøksmål, eller gjelder standpunktet bare der A kan gjeninntre i en tilsvarende stilling?

I juridisk teori er det først og fremst Fougner som har tatt til orde for det siste. Etter forfatterens oppfatning må avgjørelsen «kanskje leses slik at det i den konkrete saken ikke forelå et 'reelt trepartsforhold', det vil si at arbeidstakeren i dette tilfellet bare ønsket å



opprettholde et ansettelsesforhold ved den aktuelle skolen, og ikke gjeninntreden i selve stillingen».<sup>77</sup> Forutsetningen synes å være at spørsmålet hadde stilt seg annerledes om den oppsagte arbeidstakeren ønsket å gjeninntre i den samme stillingen som den nyansatte nå fungerte i.

I anførselene for Høyesterett la ankende part vekt på at «As krav [ikke] nødvendigvis fortrenger Es [den nyansattes] rett til å beholde sin stilling. A har ikke krevd tilsetning i en bestemt stilling ved X skole, men utelukkende at hun får en tilsvarende stilling som den hun har hatt til nå» (avsnitt 42). Arbeidstakeren som påsto at hun var urettmessig oppsagt, synes altså å ha vært av den oppfatning at det ikke forelå noen reell rettighetskollisjon mellom henne selv og den nyansatte. Det trekkes i retning av at saken ikke gjaldt et renskåret trepartsforhold, slik Fougner antar.

Aasland legger seg tilsynelatende på samme linje som Fougner. Han fremhever at Høyesterett begrunnet sitt standpunkt med at «arbeidsgiveren kunne ha plikt til å la saksøkeren fortsette i arbeid uten hensyn til om også den nyansatte fortsatte», og at det «således [kan] synes forutsatt at den nye stillingsinnehaver ellers måtte ha vært trukket inn i saken».<sup>78</sup> Slik jeg forstår Aasland, mener han at dersom arbeidsgiver ikke har en slik plikt til å la den nyansatte fortsette, må vedkommende trekkes inn i søksmålet for at den rettslige interessen skal være til stede.

Etter min mening er det lite som tyder på at Høyesterett legger opp til en slik sondring i avgjørelsen. Uttalelsen er generelt utformet, og standpunktet synes ikke å være forbeholdent. Tvert imot bemerkes det at Tvistemålsutvalget «ikke så det som naturlig å kreve at den oppsagte også reiser sak mot den som har trådt inn i stillingen etter oppsigelsen». En sentral grunn til at anken over kjennelsen ble tillatt fremmet, var som nevnt behovet for rettsavklaring. Hvis retten var av den oppfatning at standpunktet ikke skulle gjelde der saksøker ønsker gjeninntreden i samme stilling, ville det ha vært nærliggende å påpeke det, all den tid førstvoterende selv fastslår at gjeninntreden er den naturlige følgen av en ugyldighetsdom. Særlig gjelder det med tanke på at drøftelsen av spørsmålet om tvungent prosessfellesskap i sin helhet var et *obiter dictum*. Det fremstår relativt åpenbart at en nyansatt som overhodet ikke berøres av en ugyldighetsdom, ikke må trekkes inn i saken. Det tilsier etter mitt syn at uttalelsene også retter seg mot tilfeller der det ikke fins en tilsvarende stilling.

---

<sup>77</sup> Fougner mfl. (2018) Kommentar til § 15-12.

<sup>78</sup> Aasland (2015) s. 468.

På den annen side drøfter ikke Høyesterett spørsmålet særlig inngående. Begrunnelsen er forholdsvis overfladisk, og det sies ingenting om de utfordringene som kan oppstå dersom det ikke er noe alternativ å gjeninnta A i en stilling tilsvarende den han eller hun hadde. Det vises utelukkende til Tvistemålsutvalgets synspunkt, uten noen nærmere problematisering av hva A egentlig oppnår ved et ugyldighetssøksmål i slike tilfeller. At begrunnelsen ikke er veldig utførlig, kan tale for at man ikke var seg bevisst nyansene mellom ulike typetilfeller.

Hertil kommer at forarbeidsuttalelsene som retten legger avgjørende vekt på, knytter seg til offentligrettslige ansettelsesvedtak. Førstvoterendes argumentasjon etterlater et inntrykk av at man har tatt det for gitt at de samme synspunktene gjør seg gjeldende i opphørstvister. Det er mulig at det i denne sammenhengen er uten rettslig betydning om saken gjelder en ansettelses- eller opphørstvist. Hvis det var rettens oppfatning, burde det imidlertid ha blitt presisert.

Min oppfatning er likevel at Høyesteretts løsning har gode grunner for seg også der A ikke kan tre inn i en tilsvarende stilling. En slik forståelse er i størst grad overensstemmende med det jeg har argumentert for som gjeldende rett med hensyn til de materielle spørsmålene. Dessuten vil det stort sett være uinteressant for A hvilke forpliktelser arbeidsgiver har påtatt seg overfor øvrige arbeidstakere. Formålet med søksmålet er å få tilbake stillingen, ikke å løse de vanskeligheter arbeidsgiver selv har skapt ved å ansette B.<sup>79</sup> Denne delen av konflikten er i utgangspunktet A uvedkommende, og det fremstår etter min mening som en uforholdsmessig søksmålsbyrde for A å måtte trekke inn B for å få domstolene til å løse konflikten.

Ytterligere til støtte for å tolke kjennelsen på denne måten er at det vil forhindre vanskelige grensdragninger mellom de «egentlige» og de «uegentlige» trepartskonfliktene. En slik grensdraging kan lett virke som en felle for A, selv om rettens veiledningsplikt etter tvisteloven § 11-5 riktignok vil kunne avhjelpe dette noe. I en del tilfeller kan det imidlertid tenkes at også retten selv finner det utfordrende å ta stilling til om man har å gjøre med et reelt trepartsforhold.<sup>80</sup> Hensynet til en praktikabel regel tilsier derfor at B ikke må gjøres til part i ugyldighetssøksmålet, selv der arbeidsgiver ikke har en tilsvarende stilling å tilby A.

---

<sup>79</sup> Jf. lignende synspunkt i Skoghøy (2017) s. 453.

<sup>80</sup> At det kan være vanskelig å skille mellom ekte og uekte trepartsforhold, illustreres av Tvistemålsutvalgets og departementets ulike syn på spørsmålet om tvungent prosessfellesskap i offentligrettslige trepartsforhold. Etter Scheis oppfatning tyder departementets argumentasjon på at forskjellen mellom reelle og tilsynelatende trepartsforhold ikke er forstått, jf. Schei mfl. (2013) s. 41.

Ved revisjonen av arbeidsmiljøloven (1977) som fant sted i 1995, ble bestemmelsen i dagjeldende § 67 sjette punkt (2) (nå aml. § 14-4 (1)) om rett til ansettelse for forbigått fortrinnsberettiget innført. I endringslovens forarbeider berører departementet situasjonen der en annen har blitt ansatt fremfor den fortrinnsberettigede, og der sies følgende: «Dersom en annen er tilsatt i den aktuelle stillingen, må det vurderes på selvstendig grunnlag om det etter § 60 nr 1 [nå § 15-7 (1)] er saklig grunn for oppsigelse av denne arbeidstakeren».<sup>81</sup> En nærliggende forståelse av uttalelsene er at departementet ikke anser det som domstolenes oppgave å ta stilling til realiteten i konflikten mellom den materielt berettigede og den faktisk ansatte, men at arbeidsgiver selv må foreta en oppsigelsesvurdering i henhold til arbeidsmiljølovens regler.<sup>82</sup> At det avsies dom for ansettelse overfor den fortrinnsberettigede, er slik sett ikke umiddelbart egnet til å påvirke den ansattes rettsstilling.<sup>83</sup>

Uttalelsene er ikke direkte anvendelige ettersom de knytter seg til fortrinnsstillingene. Etter mitt skjønn har de likevel betraktelig overføringsverdi til opphørstilfeller. Det gir ytterligere støtte for å betrakte Rt. 2011 s. 841 som prejudikat for at B ikke må trekkes inn i et ugyldighetssøksmål, selv der det ikke fins tilsvarende stillinger som den B er ansatt i.

I sin drøftelse av spørsmålet om tvungent prosessfellesskap viser Fougner til to avgjørelser i Rt. 1989 s. 1152 og Rt. 1991 s. 1468.<sup>84</sup> Begge sakene gjelder forbigåelse ved offentlig ansettelse, der saksøkerne hadde saksøkt både arbeidsgiver og de ansatte. Formålet var å gjøre en eventuell ugyldighetsvirkning bindende også overfor arbeidstakerne. Ut ifra forfatterens argumentasjon er det noe usikkert om avgjørelsene nevnes kun for å illustrere at problemstillingen kan oppstå også i ansettelsessituasjoner, eller om de skal støtte opp under synspunktet om at den nyansatte må trekkes inn i ugyldighetssøksmålet.

Hvis det er det sistnevnte som er meningen, kan det diskuteres om kjennelsene gir nevneverdig veiledning. Ansettelsestvist skiller seg fra opphørstilfellene ved at saksøkeren ikke har hatt den aktuelle stillingen på noe tidspunkt. Her er det ansettelsesbeslutningen som angripes, og en eventuell ugyldighetsvirkning vil dermed nødvendigvis få betydning for den ansatte dersom saksøkeren ønsker å gjøre ugyldigheten gjeldende også overfor ham eller henne. Konsekvensen av ugyldighet vil da være at den ansatte fratrer, og at arbeidsgiver må gjennom

---

<sup>81</sup> Ot.prp. nr. 50 (1993–94) s. 204.

<sup>82</sup> Skjønberg, Hognestad og Hotvedt (2017) s. 151 er av tilsvarende oppfatning.

<sup>83</sup> En annen sak er at dommen kan ha den refleksvirkningen at en oppsigelsesprosess igangsettes.

<sup>84</sup> Fougner mfl. (2018) Kommentar til § 15-12.

en ny ansettelsesprosess.<sup>85</sup> Ugyldighetsvirkningen i en opphørsvist knytter seg på sin side til arbeidsgivers beslutning om å si opp eller avskjedige A. Opphørsbeslutningen og nyansettelsen er prosessuelt sett to ulike søksmålgjenstander. I en ansettelsessak er ansettelsen og forbigåelsen derimot to sider av samme sak.

Min vurdering er at avgjørelsen i Rt. 2011 s. 841 generelt avklarer spørsmålet om tvungent prosessfellesskap der A krever at opphørsbeslutningen kjennes ugyldig. Siden både A og B har det samme stillingsvernet etter arbeidsmiljøloven, kan ikke B utsettes for et krav om fratreden som følge av at oppsigelsen eller avskjeden av A kjennes ugyldig. Følgelig er det ingen grunn til å kreve at også B saksøkes; heller ikke der formålet med søksmålet er gjeninntreden.<sup>86</sup> Siden A i utgangspunktet har krav på gjeninntreden, har vedkommende den nødvendige rettslige interesse selv om ugyldighetssøksmålet kun rettes mot arbeidsgiver. Jeg har vanskelig for å se at løsningen skulle bli en annen i private ansettelsesforhold.

Et spørsmål i forlengelsen av dette er om B må saksøkes dersom A eksplisitt nedlegger påstand om at B fratrer stillingen sin som en konsekvens av ugyldigheten. Her er As forutsetning at dommen faktisk *skal* endre Bs rettsstilling, noe som etter hovedregelen skulle tilsi at B må være part i søksmålet. Etter min mening kan domstolene i et ugyldighetssøksmål neppe dømme B til å fratre, jf. kapittel 3.2.2. Det avgjørende i relasjon til spørsmålet om B må saksøkes, er imidlertid om dette skal overprøves av retten allerede ved vurderingen av om søksmålvilkårene er oppfylt.

Det ene alternativet er at retten anser seg bundet av saksøker As pretensjon om at ugyldighet og gjeninntreden har som konsekvens at B må fratre stillingen. I så fall vil det, ut ifra pretensjonen, være nødvendig å trekke inn B i søksmålet. Konsekvensen vil da bli at søksmålet fremmes, og at B frifinnes for fratredelseskrevet. Det andre alternativet er at retten allerede i avvisningsomgangen tar stilling til om A kan oppnå det resultatet som påstanden forutsetter, og at kravet avvises dersom spørsmålet besvares benektende.

I Rt. 2003 s. 1630 uttaler Høyesterett at det hører til prøvingen av søksmålvilkårene om det «er mulig å få dom for kravet» etter de materielle regler rent generelt.<sup>87</sup> Det skulle i utgangspunktet tilsi at retten kan avvise As påstand om at B må fratre med den begrunnelse at

---

<sup>85</sup> I fortrinnsstilfellene kan imidlertid A få realitetsdom for ansettelse uten at den forutgående ansettelsen kjennes ugyldig, jf. aml. § 14-4 (1).

<sup>86</sup> Slik også Ege (2011) s. 1058.

<sup>87</sup> Rt. 2003 s. 1630 avsnitt 43.

det ikke er mulig å få dom for kravet. Avgjørelsen er imidlertid i strid med det klare utgangspunktet om at retten er bundet av partenes pretensjoner om rettsregler og faktum<sup>88</sup>, og flere har tatt til orde for at den ikke kan være gjeldende rett etter tvisteloven.<sup>89</sup>

Etter mitt skjønn vil det være lettere å praktisere skillet mellom prøving av søksmålsvilkårene og det materielle krav om slike søksmål fremmes og eventuelt avgjøres etter forenklet domsbehandling, jf. tvl. § 9-8. I en opphørstvist innebærer det at retten ikke overprøver As pretensjon om at B må fratre som ugyldighetsvirkning. Siden A hevder at dommen får direkte konsekvenser for B, vil det være nødvendig å saksøke B for at den ønskede rettsvirkningen skal kunne oppnås.<sup>90</sup> B vil deretter antageligvis frifinnes for kravet. A vil dermed ikke oppnå noe ved å nedlegge slik påstand. Løsningen er imidlertid ikke klar, og den medfører unektelig en ulempe for B, som unødig trekkes inn i saken.

Når det gjelder stillinger som det *rettslig sett* er umulig at flere enn én person innehar, argumenterte jeg i kapittel 3.4 for at domstolene i slike tilfeller har kompetanse til å avsi dom om at A gjeninntretr og B trer ut av den omtvistede stillingen. Dersom A ønsker å oppnå et slikt resultat, må B gjøres til part i søksmålet. Retten kan ikke med bindende virkning rokke ved Bs rettsstilling uten at hun selv deltar i saken, jf. tvisteloven § 19-15 (1). A vil dermed ikke ha tilstrekkelig rettslig interesse i å oppnå dom for gjeninntreden i stillingen uten at både arbeidsgiver og B saksøkes.<sup>91</sup> Når det er sagt, kan ikke noe slikt unntak leses ut av 2011-avgjørelsen, og det er derfor usikkert hva som er gjeldende rett på dette punktet.

---

<sup>88</sup> Jf. f.eks. Rt. 1998 s. 607 (s. 611).

<sup>89</sup> Deriblant Schei mfl. (2013) s. 52–53 og Skoghøy (2017) s. 394–395.

<sup>90</sup> Tilsvarende Skoghøy (2017) s. 453. Se også Rt. 2011 s. 797, hvor ankeutvalget ikke prøvde ankende parts pretensjon om at ankemotparten var forpliktet etter kravet.

<sup>91</sup> Likeledes Skoghøy (2002) s. 358.

## 5 Avsluttende refleksjoner

Den forutgående drøftelsen illustrerer at trepartskonflikter i opphørstvister er av en noe særegen karakter. Det kan i det hele tatt diskuteres om det er hensiktsmessig å benytte trepartskarakteristikken i opphørstvister. Det skyldes særlig at arbeidsmiljøloven gir både A og B et vern mot at arbeidsforholdet bringes til opphør uten en lovlig grunn. Rettighetene B har etter arbeidsmiljøloven, opphører ikke simpelthen fordi Bs forgjenger ble utsatt for en urettmessig oppsigelse eller avskjed.

En kunne se det slik at domstolene rent generelt har kompetanse til å gi A dom for gjeninntreden på bekostning av B. Som jeg tidligere har vært inne på, vil det i realiteten overlate til retten å foreta oppsigelsesvurderingen. Dersom en anser domstolene for å ha en slik kompetanse etter gjeldende rett, kan det argumenteres for at A ikke ville kunne kreve ugyldighet og gjeninntreden uten at også B er saksøkt. En rett til gjeninntreden vil da være uforenlig med Bs rett til å beholde stillingen. Det fordrer at begge parter saksøkes.

Et slikt perspektiv gir assosiasjoner til formuerettslige hjemmelmannskonflikter, ettersom arbeidsgiver har «overdratt» en rettsposisjon som A ulovlig har blitt fratatt. Etter min mening tar ikke denne løsningen innover seg det stillingsvernet som lovgivningen gir nyansatte B. Har en som rettslig utgangspunkt at arbeidsgiver plikter å ha både A og B ansatt, er det verken *de lege lata* eller *de lege ferenda* grunn til å utsette arbeidstakerne for den merbelastningen det vil være å måtte saksøke eller bli saksøkt av den andre. Høyesteretts løsning har i mine øyne generelt sett mye for seg i opphørstvister.

Rettstilstanden må likevel sies å være usikker med hensyn til hvordan konflikten materielt sett skal løses, og om løsningen avhenger av hva slags stillingstype en har å gjøre med. Det er heller ikke åpenbart hvor langt Høyesteretts uttalelser om tvungen t prosessfellesskap i *Undervisningsinspektørdommen* rekker. Etter mitt syn er det behov for en rettslig avklaring omkring disse spørsmålene.

# Litteraturliste

## Lover

Lov 17. mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov

Lov 13. august 1915 nr. 5 om domstolene (domstolloven)

Lov 19. juni 1936 nr. 8 om arbeidervern (arbeidervernloven – opphevet)

Lov 7. desember 1956 nr. 2 om arbeidervern (arbeidervernloven – opphevet)

Lov 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven)

Lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø (arbeidsmiljøloven 1977 – opphevet)

Lov 25. september 1992 nr. 107 om kommuner og fylkeskommuner (kommune-loven)

Lov 13. juni 1997 nr. 44 om aksjeselskaper (aksjeloven)

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

Lov 17. juni 2005 nr. 90 om mækling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven)

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

## Lovforarbeider

### Norges offentlige utredninger

NOU 2001: 32 A *Rett på sak Lov om tvisteløsning (tvisteloven)*

NOU 2001: 32 B *Rett på sak Lov om tvisteløsning (tvisteloven)*

### Odelstingsproposisjoner

Ot.prp. nr. 41 (1975–76) *Om arbeidstid, oppsigelsesvern, arbeidstilsyn mv. i lov om arbeidervern og arbeidsmiljø*

Ot.prp. nr. 50 (1993–94) *Om lov om endringer i lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø mv.*

Ot.prp. nr. 101 (2001–2002) *Om lov om endringer i lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø mv. (overtidsarbeid, stillingsvern for toppledere)*

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

Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) *Om lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven)*

### **Innstillinger til Odelstinget**

Innst. O. nr. 18 (2005–2006) *Innstilling fra arbeids- og sosialkomiteen om lov om endringer i lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven)*

### **Dommer og kjennelser**

#### **Høyesterett**

Rt. 1988 s. 959 *Henkidommen*

Rt. 1989 s. 1152

Rt. 1991 s. 1468

Rt. 1998 s. 607

Rt. 2002 s. 816

Rt. 2003 s. 1630

Rt. 2004 s. 76 *Allmennlærerdommen*

Rt. 2009 s. 685 *Webredaktørdommen*

Rt. 2009 s. 1183 *Investeringsrådgiverkjennelsen*

Rt. 2011 s. 797

Rt. 2011 s. 841 *Undervisningsinspektørdommen*

Rt. 2011 s. 1502

Rt. 2015 s. 641

HR-2018-880-A *Preziosdommen*

HR-2018-2047-U



## Lagmannsrettene

*Borgarting*

LB-1998-1708

LB-2002-3586

LB-2010-56950

## Litteratur

**Aasland (2015):** Aasland, Gunnar, «Rettslig interesse – et område for domstolsskapt rett», *Lov, sannhet, rett – Jubileumsskrift til Høyesterett 200 år*, s. 446–477.

**Ege (2011):** Ege, Elizabeth, «Kommentarer til aml. § 15-12» i Henning Jakhelln, Helga Aune, Nina Kroken og Claude A. Lenth (red.): *Arbeidsrett.no. Kommentarer til arbeidsmiljøloven*, 3. utgave, s. 1055–1071, Oslo: Cappelen Damm Akademisk.

**Egeland (2011):** Egeland, Lill, «Kommentarer til aml. §15-16» i Henning Jakhelln, Helga Aune, Nina Kroken og Claude A. Lenth (red.): *Arbeidsrett.no. Kommentarer til arbeidsmiljøloven*, 3. utgave, s. 1137–1148, Oslo: Cappelen Damm Akademisk.

**Engelsrud (2017):** Engelsrud, Gerd, *Styring og vern*, 6. utgave, Oslo: Cappelen Damm Akademisk.

**Fanebust (2013):** Fanebust, Arne, *Innføring i arbeidsrett – den individuelle del*, 3. utgave, Oslo: Universitetsforlaget.

**Gimmingsrud (2011):** Gimmingsrud, Kari, «Kommentarer til aml. § 14-4» i Henning Jakhelln, Helga Aune, Nina Kroken og Claude A. Lenth (red.): *Arbeidsrett.no. Kommentarer til arbeidsmiljøloven*, 3. utgave, s. 774–778, Oslo: Cappelen Damm Akademisk.

**Johansen/Stueland (red. 2015):** Johansen, Atle Sønsteli og Einar Stueland, *Arbeidsmiljøloven: Kommentarer og praksis*, 2. utgave, Oslo: Gyldendal Akademisk.

**Robberstad (2013):** Robberstad, Anne, *Sivilprosess*, 2. utgave, Oslo: Fagbokforlaget.

**Schei mfl. (2013):** Schei, Tore, Arnfinn Bårdsen, Dag Bugge Nordén, Christian Reusch og Toril Marie Øie, *Tvisteloven: Kommentartutgave*, 2. utgave bind I, Oslo: Universitetsforlaget.

**Skjønberg, Hognestad og Hotvedt (2017):** Skjønberg, Alexander Næss, Eirik Hognestad og Marianne Jenum Hotvedt, *Individuell arbeidsrett*, 2. utgave, Oslo: Gyldendal Juridisk.

**Skoghøy (2002):** Skoghøy, Jens Edvin A., «Passiv søksmålskompetanse i saker om andres offentligrettslige rettigheter eller plikter og i saker om rettsgoder som flere konkurrerer om («trepartsforhold»)), *Jussens venner*, s. 345–359.

**Skoghøy (2017):** Skoghøy, Jens Edvin A., *Tvisteløsning*, 3. utgave, Oslo: Universitetsforlaget.

**Storeng mfl. (2016):** Storeng, Nils H., Tom H. Beck, Arve Due Lund, Kari B. Andersen, Terje G. Andersen og Thomas B. Svendsen *Arbeidslivets spilleregler*, 4. utgave, Oslo: Universitetsforlaget.

## **Nettbaserte kommentartutgaver**

**Fougner mfl. (2018):** Fougner, Jan, Lars Holo, Tron Løkken Sundet og Tarjei Thorkildsen, *Arbeidsmiljøloven: Kommentartutgave* i [Kommentartutgaver.no](http://Kommentartutgaver.no) (sist besøkt 9. mai 2019).