

FRA RETTSPRAKSIS

Gjeninntreden i stilling etter urettmessig utestengelse Høyesteretts kjæremålsutvalgs kjennelser 14. juli (HR-2005-01158-U) og 27. juli 2005 (HR-2005-01240-U)

1 Innledning

Etter arbeidsmiljøloven (1977) § 61 nr. 4 tredje ledd kan retten bestemme at ”*arbeidstaker som er urettmessig utestengt fra arbeidsplassen etter oppsigelsesfristens utløp, har rett til å gjeninntre i stillingen*” dersom arbeidstakeren ber om dette innen fire uker fra utestengingen.

Spørsmålet er hvorvidt denne bestemmelsen får anvendelse ved utestengning når det ikke foreligger en oppsigelse.

To kjennelser fra Høyesteretts kjæremålsutvalg i juli i år fastslår at så ikke er tilfelle. Det er derfor av interesse å vurdere om vi kan utlede en generell regel fra disse kjennelsene, eller om de må anses som særlige tilfeller på grunn av de faktiske forhold i de to sakene.

I Høyesteretts kjæremålsutvalgs kjennelse av 14. juli 2005 (HR-2005-01158-U), heretter kalt *Adventistsaken*, tok utvalget konkret stilling til spørsmålet om aml. § 61 nr. 4 tredje ledd får anvendelse ved utestenging når det ikke foreligger en oppsigelse. Dette behandles i pkt. 2 nedenfor. I kjennelsen av 27. juli 2005 (HR-2005-01240-U), heretter kalt *Tinesaken*, tok utvalget dessuten konkret stilling til spørsmålet om når fireukersfristen begynner å løpe hvis utestengingen inntrådte før oppsigelsesfristens utløp. Dette behandles i pkt. 3 (3.2) nedenfor. Avslutningsvis (pkt. 4) vil jeg knytte noen kommentarer til tilsvarende bestemmelse i den nye arbeidsmiljøloven, som ble sanksjonert 17. juni i år, men som ifølge (da påtroppende) statsminister Stoltenberg (29. september 2005) ikke skal tre i kraft fra 1. januar 2006 slik som tidligere fastsatt, i hvert fall ikke i nåværende form.

2 Bestemmelsens materielle virkeområde

2.1 Innledning

Reglene om midlertidig forføyning i tvangsfullbyrdelsesloven har i alle år vært et tilgjengelig virkemiddel for arbeidstaker parallelt med arbeidsgivers mulighet til å kreve kjennelse for fratreden i henhold til arbeidsmiljølovens

regler. Revisjonen av arbeidsmiljøloven i 1995 medførte at arbeidstaker fikk adgang til å be stillingsverndomstolen om å avsi kjennelse for gjeninntreden i visse tilfeller. Fordelen med dette er åpenbar når tvisten om en oppsigelses gyldighet er, eller er i ferd med å bli, brakt inn for domstolene. En arbeidsgiver som mener det foreligger grunn til at arbeidstaker bør fratregge, må be vedkommende domstol om kjennelse for dette. Hvis arbeidsgiver tar seg til rette og urettmessig utestenger arbeidstaker i stedet for å følge lovens fremgangsmåte, kan han bli møtt med begjæring om gjeninntreden fra arbeidstaker, som skal behandles av den samme domstol. Dette er effektivt og prosessøkonomisk for alle parter.

2.2 Gjelder aml § 61 nr. 4 tredje ledd ved avskjed, tvist om midlertidig ansettelse og oppsigelse i prøvetid?

Høyesteretts kjæremålsutvalg har med sin kjennelse i *Adventistsaken* avklart virkeområdet for nevnte regelendring i 1995.

I denne saken var saksforholdet at arbeidstakeren mente han sommeren 2003 fikk muntlig permisjon fram til 1. januar 2005 for å tiltre et vikariat i en annen virksomhet. Arbeidsgiver mente derimot at permisjon ikke ble gitt, og at arbeidstaker derfor selv *de facto* sa opp ved å fortsette vikariatet til tross for at han ikke fikk innvilget permisjon. Det er på det rene at arbeidsgiveren ikke skriftlig hadde tilkjennegitt dette standpunkt før arbeidstakeren høsten 2004 varslet sin tilbakekomst fra årsskiftet. Arbeidsgiveren hevdet subsidiært at arbeidstakeren måtte anses for å ha blitt avskjediget.

Det forelå med andre ord en uenighet om hvorvidt et ansettelsesforhold var brakt til opphør eller ikke, en tvistesituasjon vi advokater opplever fra tid til annen. Etter lovrevisjonen i 1995 er det ikke tvil om at en slik tvist skal behandles etter arbeidsmiljølovens prosessordning. Arbeidstakers pretensjon om at arbeidsforholdet består, vil her (normalt) være tilstrekkelig til at saken ikke skal avvises, men realitetsbehandles (av en ”stillingsverndomstol”).

Når det gjelder virkeområdet for aml. § 61 nr. 4 tredje ledd, viser utvalget først til Ot.prp. nr. 50 (1993-94) s. 199, hvor det sies at:

”Denne regel er ment å erstatte dagens bruk av midlertidig forføyning etter tvangsfullbyrdelsesloven for å få tilgang til arbeidsplassen. Regelen tar sikte på utestenging etter at oppsigelsesfristen er utløpt, fordi det dreier seg om realisering av retten til å stå i stilling. Dette presiseres derfor i teksten”.

Utvalget påpeker at kjennelsen inntatt i Rt. 1996 s. 1580 *ikke* kan forstås slik at ”§61 nr. 4 tredje ledd rent generelt utelukker anvendelse av tvangs-

fullbyrdelseslovens regler om midlertidig forføyning i saker som for øvrig reguleres av arbeidsmiljøloven". I kjennelsen i Rt. 2002 s. 349 vises det til den foregående kjennelsen, idet Kjæremålsutvalget "isolert sett" sluttet seg til lagmannsrettens uttalelse om at det ikke er adgang til å kreve midlertidig forføyning etter tvangsfullbyrdelseslovens regler når arbeidsmiljøloven skal anvendes. Kjennelsen fra 2002 gjaldt imidlertid spørsmålet om adgangen for en midlertidig ansatt til å forbli i stillingen ved en tvist om ansettelsesforholdets lovlighet, noe som ikke reguleres av aml § 61, og utvalget aksepterte ikke en analogisk anvendelse av bestemmelsen, bl.a. fordi det ville være til skade for arbeidstaker.

I sine kommentarer til § 61 nr. 4 har Fougner lagt til grunn at "retten til å begjære gjeninntreden etter denne bestemmelse må gjelde tilsvarende for disse tilfelle", det vil si at retten til gjeninntreden ikke bare gjelder i oppsigelsestilfelle, men også ved midlertidig ansettelse, avskjed eller ved prøvetidsansettelse. Videre hevder han at det heller ikke "kan spille noen rolle når vedkommende urettmessig ble utestengt", ettersom "[h]ensikten med uttrykket «etter oppsigelsesfristens utløp» har bare vært å markere at det er retten til å stå i stillingen som sikres ved nevnte bestemmelse."¹ Denne begrunnelsen synes for meg å være kun en meningsytring som ikke er fundert i noen rettskilde, og standpunktet kan etter mitt syn ikke være riktig.

Avskjedssituasjonen er i så måte uttømmende regulert i aml § 66 nr. 3. Det vil her aldri kunne foreligge "urettmessig utestengning", som er et vilkår for gjeninntreden etter aml. § 61 nr. 4 tredje ledd. Det kan heller ikke være behov for å kunne innsende begjæringen forut for stevningen, idet dette mest praktisk bør kunne behandles i stevningen, eventuelt på et senere tidspunkt. Kommentartutgaven synes å se en mulig praktisk anvendelse hvis den avskjedigede arbeidstaker har fått kjennelse for gjeninntreden i henhold til § 66 nr. 3, og han deretter utestenges, noe som av den grunn vil være urettmessig. Dette kan ikke være lovens system. Hvis arbeidstaker har fått slik kjennelse, har han ikke behov for flere kjennelser som gjentar den første kjennelsens innhold.²

Når det gjelder tvist om lovlig midlertidig ansettelse, er det uttrykkelig fastsatt i aml. § 58 A nr. 4 fjerde ledd at § 61 nr. 4 ikke får anvendelse.

¹ J. Fougner, [Kommentarer til §§ 57-73], i J. Fougner, L. Holo, O. Friberg, *Arbeidsmiljøloven. Kommentartutgave*, 8. utg. (Oslo 2003), s. 674 (note 21 til § 61).

² Dette påpekes også i *Arbeidsrett.no* (nettutgave), kommentarer til arbeidsmiljøloven (pr. 30.09.2005), note 10 til § 15-11.

Retten kan imidlertid ”likevel bestemme, etter krav fra arbeidstakeren, at en midlertidig tilsatt kan fortsette i stillingen inntil saken er rettskraftig avgjort”. At loven bruker ordet ”fortsette”, kan indikere at lovgiveren har forutsatt at rettens kjennelse foreligger før arbeidsforholdet opphørte. Denne forståelse harmonerer imidlertid dårlig med bestemmelsen for øvrig. Aml. § 58 A nr. 4 første ledd forutsetter uttrykkelig at det er et avsluttet arbeidsforhold hvor arbeidstaker har fratrudd. I § 58A nr. 5, som regulerer tvist om det foreligger midlertidig tilsetting i et bestående arbeidsforhold, er regelen i § 58 A nr. 4 gitt anvendelse såfremt arbeidstaker har fratrudd etter at forhandlinger er krevd eller søksmål er reist.

Når det gjelder oppsigelse i prøvetid, er det fastsatt i aml. § 63 femte ledd at bestemmelsene i § 61 får tilsvarende anvendelse, dog slik at arbeidstaker trenger en kjennelse for å ha rett til å fortsette i stillingen. Aml. § 61 nr. 4 regulerer imidlertid ikke en situasjon hvor arbeidstaker ber om kjennelse for å fortsette i stillingen, hvis en ser bort fra tredje ledd som regulerer begjæring om gjeninntreden etter urettmessig utestengelse, som er en annen situasjon. Hvordan arbeidstaker skal gå frem, det vil si hvilke saksbehandlingsregler som gjelder i en slik situasjon, er uklart.

3 Nærmere om saksbehandlingsreglene

3.1 Hvor tidlig kan begjæringen fra arbeidstaker sendes?

Det som etter mitt syn kan være et åpent spørsmål, er om en arbeidstaker kan innsende en begjæring om gjeninntreden før oppsigelsestidens utløp, når arbeidsgiver klart gir uttrykk for at arbeidstaker vil bli utestengt (også) etter dette tidspunkt.

Bestemmelsen sier at det skal være en arbeidstaker som ”er” utestengt, som kan få slik kjennelse. Den sier intet om *når* begjæringen kan sendes inn. Som kjent er det antatt at en arbeidsgiver før stevning er inn-sendt, kan be om kjennelse for fratreden ved oppsigelsestidens utløp, eller fra et senere tidspunkt retten bestemmer. Hensynet til en effektiv prosess (jf. prinsippet i § 61 C i.f.) tilsier etter min mening at arbeidstaker må kunne sende begjæringen om gjeninntreden før oppsigelsesfristens utløp selv om retten ikke kan ferdigbehandle denne før etter fristens utløp. Først da kan det fastslås om bestemmelsens kriterier er oppfylt. En tilsvarende forståelse av regelverket er antatt å være gjeldende rett når det gjelder spørsmålet om når arbeidsgiver kan innsende begjæring om fratreden.³

³ Jf. J. Fougner, *l.c.* s. 670, og Ot.prp. nr. 50 (1993-94) s. 210, som viser til Stavanger byretts kjennelse av 30. oktober 1992.

3.2 Fristberegningen

I *Tinesaken* ble lagmannsrettens kjennelse opphevet og hjemvist til ny behandling. Lagmannsretten kom til at fireukersfristen begynte å løpe fra tidspunktet for faktisk utestengelse selv om dette inntrådte før oppsigelsestidens utløp. Lagmannsretten mente formålsbetraktninger klart trekker i en slik retning, og at dette resultatet best samsvarer med lovens ordlyd og forarbeider. Denne forståelsen medførte imidlertid at arbeidstakerens begjæring var for sent fremsatt.

Kjæremålsutvalget mente tvert imot at ordlyden klart trekker i retning av at § 61 nr. 4 tredje ledd *bare* gjelder utestenging *etter* oppsigelsestidens utløp, og at det er dette resultat som "har gode grunner for seg" og som stemmer best med lovens formål og forarbeider. Utvalget la også vekt på at bestemmelsen tok sikte på å styrke arbeidstakers rett til gjeninntreden ved mer hensiktsmessige prosessuelle regler, og på at arbeidstaker ved utvalgets forståelse vil kunne kreve gjeninntreden ved en midlertidig forføyning etter tvangsfullbyrdelseslovens kapittel 15 når utestengningen skjer før oppsigelsestidens utløp.

Selv om det ikke sies uttrykkelig i kjennelsen, må konsekvensen være at en arbeidstaker som utestenges før oppsigelsestidens utløp, etter dette tidspunkt kan få en kjennelse for gjeninntreden i henhold til aml. § 61 nr. 4 tredje ledd, og at fristen for slik begjæring i så fall løper fra nettopp dette tidspunktet – oppsigelsestidens utløp.

Utvalgets kjennelse inneholder også et *obiter dictum* vedrørende spørsmålet om bestemmelsen ikke gjelder ved utestengelse fra stillingen, men bare ved utestengelse fra arbeidsplassen, idet tingretten synes å ha bygget på en slik forståelse. Utvalget mener denne forståelse harmonerer mindre godt med lovens ordlyd, og viser til uttrykksmåten "gjeninntre i stillingen" og til Ot.prp. nr. 41 (1975-76), s. 21-22. Etter mitt syn har utvalget her foretatt en god lovtolking.

4 Ny arbeidmiljølov § 15-11

I ny arbeidmiljølovs § 15-11 sjette ledd videreføres nåværende regler i § 61 nr. 4 tredje ledd. I Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 336 sies:

"Regelen får ikke anvendelse ved utestenging i selve arbeidsforholdet eller innenfor oppsigelsestiden, det vil si i de tilfeller der retten til å stå i stilling bygger på selve arbeidsavtalen. I disse tilfeller gjelder de alminnelige reglene om midlertidig forføyning i tvangsfullbyrdelsesloven."

Dette er også i samsvar med de to kjennelsene fra juli 2005 og dermed i samsvar med gjeldende rett. I proposisjonen sies det imidlertid også følgende:

”Regelen gjelder alle tilfeller der arbeidstaker har rett til å fortsette i stillingen, men likevel er urettmessig utestengt. Dette gjelder ikke bare ved oppsigelser, men også der arbeidstaker har fått rettens medhold ved begjæring om å få fortsette i stillingen ved avskjed, tvister om det har foreligget ulovlig midlertidig ansettelse/innleie, samt ved oppsigelser i prøvetid”.

Det er umiddelbart ikke lett å se at dette er forankret i den nye bestemmelsens ordlyd, og det er dessuten etter mitt syn ikke korrekt å si at dette er en videreføring av gjeldende rett. Hvis det er ment å skape ny rett, må det kreves at det fremgår klart av ordlyden, og ikke bare fremgår av en merknad i forarbeidene. Jeg viser i den forbindelse til Kjæremålsutvalgets kjennelse i Rt. 2003 s. 1006, som gjaldt en avskjedssak, og hvor anvendelse av arbeidsmiljølovens regler ville medført at begjæringen var for sent fremsatt.⁴

5 Konklusjon

De to kjennelsene fastslår at aml. § 61 nr. 4 tredje ledd bare gjelder ved utestengelse etter oppsigelsesfristens utløp. Det sies klart at bestemmelsen ikke får anvendelse ved avskjed eller ved utløp av midlertidig ansettelse, mens oppsigelse i prøvetid ikke uttrykkelig nevnes. Etter mitt syn er det ingen tungtveiende grunn til å behandle den situasjonen annerledes enn de to øvrige.

I den nye arbeidsmiljøloven kan lovgiver synes å ha ønsket en utvidelse av bestemmelsens virkeområde. Ordlyden er imidlertid uklar, og konsekvensen synes for meg å være lite hensiktsmessig. Når loven nå likevel skal være gjenstand for regjeringen Stoltenbergs kritiske blikk, bør også denne bestemmelse vurderes.

Trond Stang
Advokat
Partner, adv.fa. Schjødt AS

⁴ *Arbeidsrett.no* (nettutgave, pr. 30.09.2005) note 10 til §15-11 bygger på lagmannsrettens avgjørelser og er ikke oppdatert etter at de to kjennelsene fra Kjæremålsutvalget som her er behandlet, forelå, idet det hevdes at fireukersfristen løper fra fratredelse også der det skjer før oppsigelsesfristens utløp.