



NORGES HØYESTERETT

Den 18. november 2016 avsa Høyesterett dom i

HR-2016-2346-A, (sak nr. 2016/843), sivil sak, anke over dom,

Staten v/Universitetet i Oslo

(Regjeringsadvokaten
v/advokat Elisabeth Stenwig)

mot

A

(advokat Mariann Helen Olsen – til prøve)

S T E M M E G I V N I N G :

- (1) Dommer **Bergh**: Saken gjelder spørsmål om den som er ansatt i stilling som forsker, før eventuell oppsigelse kan ha fortrinnsrett til stilling som førsteamanuensis etter reglene i tjenestemannsloven § 13 nr. 1.
- (2) A kom til Norge som kvotestipendiat i 1997. Han fullførte doktorgrad ved Universitetet i Oslo, Det medisinske fakultet, i 2002. Senere har han hatt ulike forskerstillinger ved universitetet. Det har i stor grad vært tale om eksternt finansierte, midlertidige stillinger. Partene er likevel enige om at stillingene har hatt en slik varighet at A har oppsigelsesvern og seks måneders oppsigelsesfrist etter tjenestemannsloven § 10 nr. 1.
- (3) Etter at det var gitt forhåndsvarsel, traff fakultetets tilsettingsutvalg 18. februar 2014 vedtak om oppsigelse av A. Oppsigelsen var begrunnet med bortfall av eksternt finansiering. A påklaget vedtaket til universitetsstyret.
- (4) Før universitetsstyret traff vedtak i klagesaken, valgte A selv å søke tre stillinger som professor/førsteamanuensis ved Det medisinske fakultet. Det ble gjennomført ordinære tilsettingsprosedyrer der A ble vurdert sammen med de øvrige søkerne. A ble ansett kvalifisert til alle tre stillingene, men ikke blant de best kvalifiserte. Han ble derfor ikke innstilt til noen av dem.
- (5) I vedtak 21. oktober 2014 opprettholdt universitetsstyret vedtaket om oppsigelse. Det ble lagt til grunn at vilkårene for oppsigelse etter tjenestemannsloven § 10 var oppfylt som

følge av "bortfall av eksterne oppdragsinntekter", jf. forskrift 11. november 1983 nr. 1608 til lov om statens tjenestemenn m.m. § 2 nr. 4.

- (6) Det følger av forskriften til tjenestemannsloven § 7 nr. 2 bokstav b at fortrinnsretten etter tjenestemannsloven § 13 ikke gjelder for midlertidig tilsatt forskningspersonale som er tilsatt for å utføre oppdrag som er eksternt finansiert. Før oppsigelsen av A kartla likevel universitetet om det forelå noen annen passende stilling for ham. Ved denne vurderingen tok man ikke i betraktning stillinger som førsteamanuensis, idet man ikke anså disse som passende.
- (7) A anla søksmål for Oslo tingrett. Han anførte flere ulike grunnlag, herunder at han hadde fortrinnsrett etter tjenestemannsloven § 13 nr. 1. Tingretten kom til at vilkårene for oppsigelse var oppfylt og avsa 10. august 2015 dom med slik domsslutning:
1. Staten ved Universitetet i Oslo frifinnes.
 2. Saksomkostninger tilkjennes ikke."
- (8) A anket dommen til Borgarting lagmannsrett, som 15. februar 2016 avsa dom med slik domsslutning:
1. Vedtak truffet av Universitetet i Oslo v/universitetsstyret 21. oktober 2014, om å opprettholde tidligere vedtak om oppsigelse av A fra stilling som forsker ved Det medisinske fakultet, Institutt for helse og samfunn, er ugyldig.
 2. Staten v/Universitetet i Oslo dømmes til å betale 75 000 – syttifemtusen – kroner til A i erstatning for ikke-økonomisk tap (oppreisning) innen 2 – to – uker fra dommens forkynnelse.
 3. Staten v/Universitetet i Oslo dømmes til å betale 277 000 – tohundreogsyttisyttusen – kroner til A i erstatning for saksomkostninger i tingretten og lagmannsretten innen 2 – to – uker fra dommens forkynnelse."
- (9) Lagmannsretten fant det klart at A på oppsigelsestidspunktet ikke lenger var tilsatt for å utføre oppdrag som var eksternt finansiert. Videre kom lagmannsretten til at det var en saksbehandlingsfeil at universitetet i forkant av oppsigelsen ikke kartla om det fantes ledige stillinger som førsteamanuensis eller professor som A kunne være kvalifisert for. Reglene om fortrinnsrett i tjenestemannsloven § 13 nr. 1 var da til hinder for å treffe endelig vedtak om oppsigelse, og vedtaket ble funnet ugyldig. Lagmannsretten tok ikke endelig stilling til universitetets subsidiære anførsel om at det var grunnlag for oppsigelse etter tjenestemannsloven § 10 fordi As arbeid var falt bort etter at prosjektet han deltok i, var avsluttet.
- (10) Staten v/Universitetet i Oslo anket lagmannsrettens dom i sin helhet til Høyesterett. Anken rettet seg mot lagmannsrettens rettsanvendelse og bevisvurdering.
- (11) Høyesteretts ankeutvalg traff 24. juni 2016 slik henvisningsbeslutning:
- "Anken tillates fremmet for så vidt gjelder spørsmålet om fortrinnsrett til 'annen passende stilling' jf. tjenestemannsloven § 13. For øvrig tillates ikke anken fremmet."**
- (12) Den ankende part – *staten v/Universitetet i Oslo* – har i korte trekk gjort gjeldende:

- (13) Lagmannsretten bygger på feil lovtolkning når den er kommet til at førsteamanuensisstillinger kan anses som "annen passende stilling" for en forsker, jf. tjenestemannsloven § 13 nr. 1.
- (14) Fortrinnsretten gjelder ikke stillinger som innebærer avansement til en høyere rangert stilling. Ved vurderingen av om en konkret stilling utgjør et avansement i lovens forstand, er det ikke riktig å legge til grunn stillingens lønnsnivå alene.
- (15) Fortrinnsretten i tjenestemannsloven § 13 er et lovfestet unntak fra kvalifikasjonsprinsippet, og lovens vilkår for fortrinnsrett må tolkes i lys av dette. Kvalifikasjonsprinsippet har lovs rang og innebærer at den best kvalifiserte søkeren til en ledig stilling skal tilsettes. Dette forutsetter offentlig kunngjøring og konkurranse om ledige stillinger i staten.
- (16) Stillingene som førsteamanuensis og professor er universitetets mest prestisjefylte toppstillinger, og det gjelder særskilte regler for tilsetning i slike stillinger, jf. universitets- og høyskoleloven § 6-3 med tilhørende forskrifter.
- (17) Staten v/Universitetet i Oslo har lagt ned slik påstand:
"Borgarting lagmannsretts dom oppheves."
- (18) Ankemotparten – A – har i korte trekk gjort gjeldende:
- (19) Temaet i saken er omfanget av fortrinnsretten i tjenestemannsloven § 13 nr. 1. Spørsmålet er om det på ulovfestet grunnlag kan innfortolkes begrensninger i den lovfestede fortrinnsretten utover det som følger av lov og forskrift.
- (20) Det er ingen holdepunkter for at det kan innfortolkes slike begrensninger.
- (21) Fortrinnsretten er et lovfestet unntak fra kvalifikasjonsprinsippet og innebærer at en stilling per definisjon ikke skal anses som ledig når intern fortrinnsrett gjøres gjeldende. Fortrinnsretten er en del av det lovfestede stillingsvernet, og det er ikke holdepunkter i rettskildematerialet for en innskrenkende fortolkning av dette vernet.
- (22) Hvorvidt en stilling skal anses som "passende", jf. tjenestemannsloven § 13 nr. 1, må bero på en konkret vurdering av faglige og personlige kvalifikasjoner, ikke på hva slags tittel den aktuelle stillingen har. Forskriften til tjenestemannsloven har detaljerte regler som unntar en rekke stillinger fra fortrinnsretten. Førsteamanuenser og professorer er ikke omtalt i forskriften, og dette tyder på at lovgiver har gjort et bevisst valg og ikke ønsket å unnta disse stillingene fra fortrinnsretten.
- (23) Forskriften gir heller ikke støtte for at det skal foretas en vurdering av avansement utover lønn. Støtte for et slikt resonnement finnes heller ikke i det øvrige rettskildematerialet.
- (24) A har lagt ned slik påstand:
"1. Anken forkastes.
2. A tilkjennes erstatning for sakskostnader til Høyesterett."

- (25) *Jeg er kommet til at anken fører frem.*
- (26) Jeg nevner innledningsvis at det er vanlig å dele stillinger for vitenskapelig ansatte ved universitetene i tre hovedkategorier. Stillinger som professor eller førsteamanuensis er kombinerte forsknings- og undervisningsstillinger. Stillinger som førstelektor eller universitetslektor er rene undervisningsstillinger. Den tredje hovedkategorien er forskerstillinger. Stillingsbetegnelsen er da "forsker", med et tillegg som nærmere angir stillingens karakter eller nivå.
- (27) Den stillingen A er oppsagt fra, er en stilling som forsker med stillingskode 1109. Vilkår for tilsettelse i slik stilling er norsk doktorgrad eller tilsvarende kompetanse. Stillingen er lønnet i statens lønnsramme LR 24.
- (28) For Høyesterett er det presisert at det A gjør gjeldende, er at han kan ha fortrinnsrett til stilling som førsteamanuensis, stillingskode 1011. Stilling som førsteamanuensis er lønnet på samme nivå som forsker 1109, i lønnsramme LR 24. Han gjør ikke gjeldende fortrinnsrett til stilling som professor, som er høyere lønnet enn stillingen han hadde. Også for stilling som førsteamanuensis er norsk doktorgrad eller tilsvarende kompetanse et grunnvilkår.
- (29) Spørsmålet er da om A kan ha fortrinnsrett til ledige stillinger som førsteamanuensis etter tjenestemannsloven § 13 nr. 1. Utgangspunktet er at A, slik lagmannsretten kom til, ikke var ansatt i eksternt finansiert stilling. Dersom A har fortrinnsrett til stillinger som førsteamanuensis, vil det foreligge en saksbehandlingsfeil ved at Universitetet i Oslo før oppsigelse ikke undersøkte om det forelå slike ledige stillinger som A kunne være kvalifisert til.
- (30) Reglene i tjenestemannsloven § 13 nr. 1 lyder slik:

"1. Før en tjenestemann blir sagt opp fordi:

- a. stillingen blir inndratt eller arbeidet er falt bort,
- b. vedkommende på grunn av sykdom er varig uskikket til forsvarlig å utføre sin tjeneste,
- c. vedkommende ikke lenger har de kvalifikasjoner som er nødvendige eller foreskrevet for stillingen,

skal tjenestemannen om mulig tilbys annen passende stilling i virksomheten dersom vedkommende har minst ett års sammenhengende tjeneste. Det samme gjelder tjenestemann som sies opp etter § 10 nr. 4."

- (31) Saken gjelder forståelsen av begrepet "annen passende stilling". Spørsmålet er om man ved anvendelse av bestemmelsen generelt kan bygge på at stillinger som førsteamanuensis ikke vil være en "passende stilling" for en person som er ansatt som forsker. At A selv søkte stillinger som professor/førsteamanuensis og ble bedømt etter alminnelige tilsettingsprosedyrer, er uten betydning for dette spørsmålet.
- (32) Tjenestemannsloven § 13 nr. 1 gjelder såkalt *intern* fortrinnsrett. Dette er fortrinnsrett som gjelder *før* oppsigelse, og er begrenset til å gjelde innenfor *virksomheten*, som i dette tilfellet er Universitetet i Oslo. Tjenestemannsloven § 13 nr. 2 regulerer såkalt *ekstern*

fortrinnsrett, som inntre *etter* at oppsigelse er skjedd. Denne fortrinnsretten gjelder passende stillinger innenfor hele staten.

- (33) Virkningen av at det foreligger intern fortrinnsrett etter tjenestemannsloven § 13 nr. 1, er at tjenestemannen har rett til å tre direkte inn i en ledig stilling, uten at denne blir kunngjort og uten konkurranse med andre søkere. Fortrinnsretten innebærer dermed et unntak fra det alminnelige, ulovfestede kvalifikasjonsprinsippet, som går ut på at det er den best kvalifiserte som skal tilsettes i en ledig stilling.
- (34) Rekkevidden av fortrinnsretten begrenses for det første ved at stillingen må være "passende". Videre følger det av tjenestemannsloven § 13 nr. 3 at fortrinnsretten bare gjelder "der tjenestemannen har de nødvendige faglige og personlige egenskaper for stillingen". Det gjelder således et kvalifikasjonskrav – man har bare fortrinnsrett til en stilling man er kvalifisert for. Partene er enige om at selv om A anses å ha fortrinnsrett til stillinger som førsteamanuensis, vil det for den enkelte aktuelle stillingen måtte foretas en konkret vurdering av om han er kvalifisert. Hvordan en slik vurdering skal foretas, er partene uenige om. Jeg kommer tilbake til det.
- (35) Det følger av tjenestemannsloven § 13 nr. 5 andre ledd at dersom en arbeidstaker får tilbud om en annen stilling, og avslår dette tilbudet, vil fortrinnsretten falle bort. Forutsetningen er at den stillingen som er tilbudt, er "passende". Vurderingen av hva som er "passende stilling" vil dermed i mange tilfeller gå ut på hvilke endringer i negativ retning en arbeidstaker må akseptere, blant annet når det gjelder lønn og stillingsinnhold, uten at videre fortrinnsrett faller bort. Denne saken gjelder det man kan kalle den øvre grensen. Spørsmålet er om en stilling som førsteamanuensis er en stilling av en slik karakter at den ligger over og utenfor det som kan anses som en "passende stilling" for en person som er ansatt som forsker.
- (36) Etter tjenestemannsloven § 13 nr. 4 kan det gis forskrift med nærmere regler om fortrinnsrett, herunder bestemmelser om at fortrinnsrett ikke skal gjelde ved tilsetting i nærmere bestemte stillinger. I forskriften til tjenestemannsloven § 7 nr. 1 fjerde punktum er det generelt fastsatt at fortrinnsrett ikke kan gjøres gjeldende "til høyere lønte stillinger enn den vedkommende må fratru". For øvrig fastsetter forskriften § 7 unntak fra fortrinnsretten for enkelte stillingskategorier. Som jeg har nevnt, er det blant annet fastsatt unntak for ansatte i eksternt finansierte forskerstillinger.
- (37) Slik unntakene i forskriften fremstår, synes de å bygge på ulike, konkrete vurderinger. Etter mitt syn kan det ikke trekkes slutninger av betydning for denne saken av at det ikke er fastsatt unntak som gjelder for eksempel førsteamanuensisstillinger.
- (38) Ut fra bestemmelsen i forskriften er det på det rene at fortrinnsretten ikke omfatter opprykk til annen stilling med høyere lønn. Som påpekt lønnes stilling som førsteamanuensis fullt ut på samme måte som den stillingen som forsker som A har innehatt. Spørsmålet blir da om det, selv om lønnen er den samme, likevel er forskjeller mellom stillingene som innebærer at reglene om fortrinnsrett ikke kommer til anvendelse.
- (39) Slik jeg ser det, må det foretas en tolkning av begrepet "annen passende stilling" sammenholdt med de faktiske omstendighetene som foreligger. Jeg kan ikke se at det, slik A har gjort gjeldende, er spørsmål om å foreta en innskrenkende fortolkning av loven. Det

dreier seg om et alminnelig lovtolkningsspørsmål, der lovens ordlyd ikke gir noe klart svar.

- (40) Begrepet "passende stilling" ble også brukt i den tidligere tjenestemannsloven fra 1977. I forarbeidene til denne loven, Ot.prp. nr. 44 (1976–77) side 14–15, uttalte departementet:

"Bistand til formidling etter nåværende system kan bare påregnes når vedkommende søker annen passende stilling. Det vil si at tjenestemannen må være kvalifisert for stillingen. Videre må den stilling som søkes i alminnelighet ikke stå på et høyere lønnstrinn enn den stillingen vedkommende er blitt overtallig i. Departementet antar at disse vilkår fortsatt bør opprettholdes, slik at ordningen bare er tenkt å skulle gjelde for tjenestemenn som sies opp fra tilsvarende eller høyere stilling. Det må imidlertid bli det sentrale organ selv som må avgjøre hvorvidt en søker som er overtallig fyller disse vilkår i den enkelte tilsettings sak."

- (41) Jeg forstår dette slik at departementet oppfattet stillingenes lønn som et sentralt utgangspunkt for vurderingen av forholdet mellom ulike stillinger. Samtidig er det naturlig å forstå formuleringen "tilsvarende eller høyere stilling" slik at departementet ikke har ment at lønn i seg selv ville være avgjørende.
- (42) Forarbeidene til den någjeldende tjenestemannsloven fra 1983 synes ikke å inneholde uttalelser av betydning for spørsmålet. Det synes heller ikke å foreligge rettspraksis som kan belyse grensedragningen.
- (43) Spørsmålet er i noen grad berørt i juridisk teori. I Bjørnaraa m.fl., Norsk tjenestemannsrett, 2000, side 552, heter det:

"Fortrinnsretten skal ikke kunne benyttes til å skaffe seg et avansement, verken mht. lønn eller tittel."

- (44) På side 553 uttales at den nye stillingen må være innenfor det man gjerne kaller "samme grunnpreg".
- (45) Reglene i forskriften drøftes på side 834. Her heter det:

"I forskriftens uttrykk må man også kunne legge mer enn bare 'rene' lønnsvurderinger. Fortrinnsretten kan ikke benyttes til avansement."

- (46) Det vises i denne sammenheng til et brev fra departementet til LO Stat 18. juli 1996 som inneholder en tilsvarende formulering om at fortrinnsretten ikke kan benyttes til å skaffe seg et avansement. Selv om disse uttalelsene tar utgangspunkt i forskriftsbestemmelsene om lønn, er det tale om vurderinger som i realiteten gjelder lovens begrep, "passende stilling".
- (47) Fanebust fremhever i Tjenestemannsrett, 1987, side 198 at det arbeidstaker må tilbys, er arbeid "som svarer til det han har når det gjelder lønn, arbeidsoppgaver og stillingsinnhold ellers".
- (48) Tjenestemannslovutvalget, som hadde som oppgave å vurdere fremtidig regelverk om tilsettingsforhold i staten, avla sin rapport 18. desember 2015. I utvalgets beskrivelse av gjeldende rett, utredningen side 186, heter det:

"Hva som regnes som annen passende stilling må vurderes konkret. Kravet må ses i sammenheng med tjenestemannsloven § 13 nr. 3, hvor det fremgår at fortrinnsretten kun gjelder der tjenestemannen har de nødvendige faglige og personlige egenskaper for stillingen. I vurderingen må en for det første se om stillingen rent faglig passer naturlig for tjenestemannen. Det vil si at arbeidsoppgavene ikke må atskille seg i for stor grad fra tidligere arbeidsoppgaver. Et eksempel som kanskje ikke er så praktisk, men som blir brukt for å illustrere ytterpunktene, er en overgang fra kontorarbeid til fysisk arbeid. En slik overgang ville ikke blitt karakterisert som passende stilling.

Videre må det være en viss lønnsmessig likhet mellom den gamle og nye stillingen. I forskriften til tjenestemannsloven § 7 nr. 1 fremgår det at fortrinnsretten ikke kan 'gjøres gjeldende til høyere lønte stillinger enn den vedkommende må fratse'. Fortrinnsretten skal ikke kunne benyttes for å skaffe seg et avansement, verken når det gjelder lønn eller tittel."

- (49) Bestemmelsene i arbeidsmiljøloven § 15-7 om oppsigelse har regler om fortrinnsrett som har likhetstrekk med tjenestemannslovens regler. Det heter i § 15-7 andre ledd første punktum at en oppsigelse som skyldes driftsinnskrenkninger eller rasjonaliseringstiltak, ikke er saklig begrunnet dersom arbeidsgiver har "annet passende arbeid i virksomheten" å tilby arbeidstaker. Det synes imidlertid ikke å finnes rettskilder knyttet til denne bestemmelsen som i vesentlig grad kan bidra til avklaring av det spørsmålet som foreligger i denne saken. Både lovforarbeider og juridisk teori konsentrerer seg om den nedre grensen, hvorvidt det fortsatt er en passende stilling selv om det foreligger forskjeller i negativ retning for arbeidstakeren.
- (50) Mitt syn ut fra den gjennomgangen jeg har foretatt, er at spørsmålet om en stilling er "passende", ikke utelukkende kan avgjøres ut fra stillingens lønn. Lovens ordlyd sammenholdt med andre foreliggende rettskilder taler i retning av at en arbeidstaker, selv om han i utgangspunktet er kvalifisert, ikke i alle tilfeller kan gjøre gjeldende fortrinnsrett etter tjenestemannsloven § 13 nr. 1 til en annen stilling med samme lønn som den han eller hun kommer fra. Det må foretas en nærmere vurdering av stillingens karakter.
- (51) Virksomheten ved Universitetet i Oslo reguleres av lov 1. april 2005 nr. 15 om universiteter og høyskoler (universitets- og høyskoleloven). Det følger av formålsbestemmelsen i § 1-1 at loven skal legge til rette for at institusjonene tilbyr utdanning og utfører forskning og utvikling på høyt internasjonalt nivå. Prosedyrer og krav ved ansettelse i undervisnings- og forskerstillinger er regulert i lovens § 6-3. Kravene er utdypet i forskrift 9. februar 2006 nr. 129 om ansettelse og opprykk i undervisnings- og forskerstillinger. Universitetet i Oslo har dessuten fastsatt interne regler om prosedyrer og krav ved ansettelse i de ulike kategoriene av forsker- og undervisningsstillinger.
- (52) Det følger av universitetsloven § 6-3 tredje ledd at ansettelse i undervisnings- og forskerstillinger skal skje på grunnlag av en innstilling. Innstillingen skal foretas ut fra en sakkyndig bedømmelse. Kravet om sakkyndig bedømmelse gjelder i utgangspunktet for alle stillinger. For andre stillinger enn "førstestillinger eller professorstillinger" kan det i særskilte tilfeller gjøres unntak fra kravet om sakkyndig bedømmelse. Dette innebærer at kravet om sakkyndig bedømmelse gjelder uten unntak for stilling som førsteamanuensis.
- (53) Etter forskriften § 1-4 kreves det for ansettelse i stilling som førsteamanuensis at søkeren har norsk eller utenlandsk doktorgrad, eventuelt annen kompetanse på tilsvarende nivå. Det kreves videre relevant praktisk-pedagogisk kompetanse.

- (54) Universitetet i Oslo har fastsatt detaljerte regler for tilsetting i professorater og førsteamanuensisstillinger. Regler om oppnevning av sakkyndige og sakkyndig vurdering finnes her i § 8 og § 9. Det skal være minst tre sakkyndige, som normalt skal arbeide som et utvalg. Etter bestemte prosedyrer som er beskrevet i reglene, skal de sakkyndige rangere "de søkerne som etter en samlet vurdering og i henhold til stillingsbeskrivelsen anses best kvalifiserte for stillingen" (reglene § 9 punkt f underpunkt 2.3). Det skal vanligvis innstilles minst tre søkere.
- (55) Vurderingsgrunnlaget er fastsatt i reglene § 9 punkt b. Det er her fastsatt at søkerne skal vurderes med henblikk på ulike kvalifikasjoner. Dette er:
- Vitenskapelige kvalifikasjoner
 - Andre faglige kvalifikasjoner
 - Pedagogiske kvalifikasjoner
 - Kvalifikasjoner for utadrettet faglig virksomhet (formidling)
 - Kvalifikasjoner for ledelse og administrasjon
- (56) I tillegg kan personlige kvalifikasjoner tas i betraktning dersom de sakkyndige har grunnlag for å vurdere disse.
- (57) Ved anvendelsen av begrepet "annen passende stilling" i tjenstemansloven § 13 nr. 1 må etter mitt syn de brede kravene til kompetanse og den særlige utvelgelsesprosessen som gjelder for stilling som førsteamanuensis, ha vesentlig betydning. Slik jeg ser det, er en stilling som førsteamanuensis av en annen karakter enn en stilling som forsker, selv om det vitenskapelige grunnkravet om doktorgrad, er det samme. Ut fra det jeg har påpekt, er det naturlig å se det slik at for en forsker vil overgang til en stilling som førsteamanuensis innebære et avansement, selv om lønnen er den samme.
- (58) Det A nå gjør gjeldende, er at han har fortrinnsrett til stillinger som førsteamanuensis og ikke til professorstillinger. Jeg nevner i denne sammenheng at den som er tilsatt som førsteamanuensis, etter en særlig vurdering kan få opprykk til stilling som professor. Dette gjelder uten at det er tale om en ledig stilling og uten konkurranse med andre søkere.
- (59) Ordninger for opprykk er regulert i forskrift 9. februar 2006 nr. 129 om ansettelse og opprykk i undervisnings- og forskerstillinger kapittel 2. Det finnes ulike opprykksordninger, herunder mulighet for opprykk til stilling som førsteamanuensis for amanuenser og universitetslektorer. Lignende opprykksordninger finnes også for forskere. Disse gjelder imidlertid opprykk til en annen forskerstilling og ikke til stilling som førsteamanuensis eller professor. Dette støtter etter mitt syn at stillinger som førsteamanuensis og professor anses å ha et annet grunnpreg enn stillinger som forsker.
- (60) Et moment jeg også vil peke på, uten at det kan være avgjørende for den rettslige bedømmelsen, er at det fremstår som praktisk vanskelig å forene en eventuell fortrinnsrett for en forsker til stilling som førsteamanuensis med de reglene som gjelder for tilsetting som førsteamanuensis. Prosessfullmektigene har i skranken gitt uttrykk for forskjellig syn

på hvordan dette eventuelt må løses. Slik jeg forsto statens prosessfullmektig, gjør hun gjeldende at dersom reglene om fortrinnsrett gjelder, vil tilsetting som førsteamanuensis måtte skje uten en slik sakkyndig bedømmelse som kreves etter universitetslovens regler. As prosessfullmektig ga uttrykk for at anvendelse av reglene om fortrinnsrett ikke innebærer noen tilsidesettelse av universitetslovens regler, dvs. at det må foretas en sakkyndig bedømmelse. En slik bedømmelse vil imidlertid være begrenset til å ta stilling til om den personen som gjør gjeldende fortrinnsrett, i det hele tatt er kvalifisert, det vil si om vedkommende fyller minimumskrav for tilsetting i den aktuelle stillingen.

- (61) Etter mitt syn er det vanskelig å finne holdepunkter for at reglene om fortrinnsrett kan sette til side de tilsetningskravene som følger av universitetsloven med forskrifter. Det kan imidlertid by på praktiske problemer å forene de ulike regelverkene. Tjenestemannsloven § 13 nr. 1 innebærer plikt for arbeidsgiver til å undersøke muligheten for tilsetting i annen passende stilling før oppsigelse finner sted. Ved større institusjoner, som Universitetet i Oslo, vil det lett kunne tenkes flere ledige førsteamanuensisstillinger som kan være aktuelle for en forsker som står i fare for å bli oppsagt. Dette vil, dersom det foreligger fortrinnsrett, kunne innebære at det må foretas flere sakkyndige bedømmelser som bare gjelder én person, før man kan komme videre i arbeidet med å få besatt de ulike stillingene. Dette fremstår som kompliserende og tidkrevende.
- (62) Partene har i noen grad vært inne på tidligere praksis fra Universitetet i Oslo, andre universiteter og overordnende myndigheter. Jeg kan ikke se at det er påvist noen fast forvaltningspraksis som kan ha betydning for det tolkningsspørsmålet som foreligger.
- (63) Jeg har etter dette et annet syn enn lagmannsretten på spørsmålet om fortrinnsrett. Slik jeg ser det, innebærer det ingen saksbehandlingsfeil at fortrinnsrett til stilling som førsteamanuensis ikke ble vurdert. Når lagmannsretten har kjent vedtaket ugyldig på dette grunnlaget, må lagmannsrettens dom oppheves.
- (64) Staten har ikke lagt ned påstand om sakskostnader for Høyesterett. Etter det resultatet jeg er kommet til, er det ikke grunnlag for å tilkjenne A sakskostnader.
- (65) Jeg stemmer for denne
- D O M :
- Lagmannsrettens dom oppheves.
- (66) Dommer **Endresen**: Jeg er kommet til det samme resultat som lagmannsretten.
- (67) Jeg er enig i at det Høyesterett skal ta stilling til er forståelsen av begrepet "annen passende stilling", slik dette er anvendt i tjenestemannsloven § 13 nr. 1.
- (68) Førstvoterende er kommet til at hva som må anses som "passende stilling" beror på en sammenligning av stillingskategorier, og at vurderingen altså er uavhengig av den oppsattes kompetanse og personlige egenskaper. Til støtte for dette syn er primært vist til bestemmelsens oppbygging. Det vises til at rammen for fortrinnsretten er gitt ved begrensningen til "passende stilling" inntatt i § 13 nr. 1, og at kravet i § 13 nr. 3, om at fortrinnsretten bare gjelder for stillinger den oppsagte er kvalifisert til, fremstår som et tilleggsvilkår.

- (69) Jeg er enig i at lovens systematikk kunne tilsi en slik tolking, men jeg peker likevel på at det kan synes naturlig å skille ut kvalifikasjonskravet i et eget punkt ettersom dette knytter seg til fortrinnsrett både etter § 13 nr. 1 og § 13 nr. 2. Under enhver omstendighet er jeg kommet til at bestemmelsen ikke var ment slik, ikke forstås slik, og ikke har vært praktisert slik at vurderingen skjer uavhengig av den ansatte som det er aktuelt å si opp.
- (70) Selv om rimeligvis også hensynet til arbeidsgiver ble ivaretatt ved utformingen av reglene om fortrinnsrett, er det den ansattes interesser som er den naturlige referanseramme. Formålet er å sikre den ansatte fortsatt beskjeftigelse. Etter mitt syn peker da allerede ordlyden i retning av at den ansattes bakgrunn, kvalifikasjoner og personlige egenskaper må stå sentralt ved vurderingen av om en alternativ stilling kan anses passende.
- (71) Det er også slik jeg forstår uttalelsen i Ot.prp. nr. 44 (1976–77) Om lov om statens tjenestemenn, side 14–15, som førstvoterende har sitert.
- (72) I NOU 2004: 5, Et arbeidsliv for trygghet, inkludering og vekst, ble det foreslått å oppheve den særlige fortrinnsretten i tjenestemannsloven, slik at fortrinnsretten for tjenestemenn skulle være den samme som for ansatte ellers. I utredningen bygges det utvilsomt på at hva som er annet passende arbeid, ikke kan bestemmes uten at den aktuelle ansatte trekkes inn i vurderingen. På side 338 i innstillingen heter det:
- "Det vil i utgangspunktet være opp til partene å bli enige om hva som er passende i det enkelte tilfelle, og her vil arbeidstakerens egen oppfatning ikke være uvesentlig."**
- (73) Den samstemte oppfatning i teorien, er i samsvar med dette. I Bjørnaraa mfl., Norsk tjenestemannsrett, side 551, heter det om "annen passende stilling":
- "Bestemmelsen medfører at arbeidsgiver må undersøke i hele virksomheten om det finnes ledig stilling, se note 1 til denne paragraf, som kan anses for passende for den arbeidstaker som vurderes oppsagt."**
- (74) I Norsk lovkommentar uttrykker Bjørnaraa seg slik til § 13:
- ""Passende stilling' betyr dels at stillingen rent faglig passer for tjenestemannen."**
- (75) I Saastad mfl., Lov om statens tjenestemenn m.m. med kommentarer, 1984, heter det på side 78–79:
- ""Passende stilling' betyr dels at stillingen rent faglig faller naturlig for tjenestemannen."**
- (76) Tjenestemannslovutvalget bygger i rapport 18. desember 2015, Ansettelsesforhold i staten, side 186, på den samme lovforståelse:
- "Hva som regnes som annen passende stilling må vurderes konkret. Kravet må ses i sammenheng med tjenestemannsloven § 13 nr. 3, hvor det fremgår at fortrinnsretten kun gjelder der tjenestemannen har de nødvendige faglige og personlige egenskaper for stillingen. I vurderingen må en for det første se om stillingen rent faglig passer naturlig for tjenestemannen. . . ."**
- (77) Allerede kildene knyttet til tjenestemannsloven peker da etter mitt syn klart i retning av at hva som er "annen passende stilling" ikke kan vurderes uavhengig av den oppsagtes bakgrunn, kvalifikasjoner og personlige egenskaper. Forståelsen av "annet passende

arbeid" i arbeidsmiljøloven § 15-7, trekker klart i samme retning.

- (78) Som førstvoterende viser til har fortrinnsretten etter tjenestemannsloven "likhetstrekk" med bestemmelsene i arbeidsmiljøloven § 15-7. Det følger da også av Ot.prp. nr. 72 (1981–82), side 26, at departementet tilstrebet i noen grad å harmonisere fortrinnsrettsreglene i tjenestemannsloven med reglene i arbeidsmiljøloven. Det tilføyes imidlertid i proposisjonen at fortrinnsrettsreglene i staten er mer vidtgående enn arbeidsmiljølovens.
- (79) Forslagene i NOU 2004: 5, om at arbeidsmiljølovens bestemmelse om plikt for arbeidsgiver til å tilby annet passende arbeid, også skulle gjelde for statens tjenestemenn, ble fulgt opp ved Ot.prp. nr. 49 (2004–05), Om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven) og Ot.prp. nr. 67 (2004–05), Om lov om statens embets- og tjenestemenn. Det videre lovgivningsarbeidet førte til arbeidsmiljøloven 17. juni 2005 og lov om statens embets- og tjenestemenn av samme dato. Fra samme dato ble tjenestemannsloven 4. mars 1983 opphevet.
- (80) Opphevelsen av de særlige rettigheter for tjenestemenn var imidlertid politisk kontroversiell, og etter at stortingsvalget 2005 førte til et endret flertall på Stortinget, ble lov om statens embets- og tjenestemenn opphevet, og tjenestemannsloven fra 1983 ble videreført.
- (81) I denne lovgivningsprosessen ble det ikke fra noe hold antydning at tjenestemenns fortrinnsrett ville bli materielt bedret ved overgang til reglene i den nye arbeidsmiljøloven. Det som var politisk kontroversielt var *svekkelsen* av tjenestemennenes rettslige stilling. Det bygges med andre ord på at "annet passende arbeid" må forstås på samme måte i tjenestemannsloven og arbeidsmiljøloven.
- (82) På dette grunnlag finner jeg, som førstvoterende, at forståelsen av begrepet "annet passende arbeid" i arbeidsmiljøloven § 15-7 vil være relevant ved tolkingen av det tilsvarende begrep i tjenestemannsloven. I motsetning til førstvoterende, mener jeg også at en rekke kilder knyttet til forståelsen av arbeidsmiljøloven § 15-7, i høy grad bidrar til forståelse av begrepet "annen passende stilling".
- (83) Kravet om at arbeidsgiver før oppsigelse må gi tilbud om annet passende arbeid, har vært gjeldende siden vedtakelsen av arbeidsmiljøloven i 1977, og i Ot.prp. nr. 41 (1975–76) side 72 uttales følgende:

"Hva som i denne forbindelse skal anses som passende arbeid, må bli gjenstand for en helhetsvurdering, hvor ikke minst arbeidstakerens egen vurdering må spille inn."

- (84) Dette synspunktet videreføres i Arbeidslivslovutvalgets innstilling, NOU 2004: 5, side 338:

"Det vil i utgangspunktet være opp til partene å bli enige om hva som er passende i det enkelte tilfelle, og her vil arbeidstakerens egen oppfatning ikke være uvesentlig. Utvalget understreker at det er vanskelig å finne et annet begrep enn 'passende arbeid' som bedre vil kunne klargjøre hva som kreves. Det vil ellers være opp til domstolene å foreta en konkret vurdering i det enkelte tilfelle hvorvidt en stilling må anses som 'passende'."

- (85) Jeg viser videre til Høyesteretts dom Rt. 1999 side 1694. Saken gjaldt blant annet om det var grunnlag for å gjøre unntak fra den alminnelige regel om at arbeidsgiver ikke har anledning til å fastsette en prøvetid for den alternative stilling. Om dette uttaler førstvoterende seg slik på side 1701:
- "I et tilfelle som det foreliggende, hvor stillingenes forskjelligartede karakter er så iøynefallende, vil det være vanskelig å avgjøre om det tilbudte arbeid er 'passende' før arbeidstakeren har fått prøvd seg i den nye stilling."**
- (86) Agder lagmannsretts dom 6. januar 1993, LA 1992-550, er også illustrerende. For en produksjonsarbeider som ved oppsigelsen hadde piggsveising som hovedbeskjeftigelse, ble arbeid i bedriftens kantine ansett som annet passende arbeid. Lagmannsretten la ved vurderingen vekt på at den oppsagte hadde tidligere praksis fra ulike bevertningssteder.
- (87) I de teoretiske fremstillinger legges det uten drøftelse til grunn at bestemmelsen skal forstås i tråd med veiledningen i odelstingsproposisjonen fra 1977.
- (88) Det må etter mitt syn legges til grunn at vurderingen av hva som etter arbeidsmiljøloven § 15-7 er "annet passende arbeid", skal skje med utgangspunkt i arbeidstakerens bakgrunn, kvalifikasjoner og personlige egenskaper. Dette må ha vekt også ved tolkingen av tjenestemannsloven § 13 nr. 1, og jeg er samlet sett kommet til at utgangspunktet også her må være den arbeidstaker som vurderes oppsagt.
- (89) Det er ikke klart om dette *helt* ekskluderer en objektiv vurdering av de to stillingskategoriene, men en slik mulig tilleggsbegrensning er, slik jeg ser det, ikke aktuell i saken her.
- (90) De eksempler som det vises til i teorien er illustrerende for hva et slikt mulig unntak kan tenkes å omfatte. Det vises til at arbeidet ikke kan anses passende om det er vesensforskjellig – for eksempel manuelt arbeid i forhold til kontor arbeid, eller om den alternative stilling gjelder et fremmed fag. Jeg viser i denne forbindelse også til sivilombudsmannens uttalelse SOMB-2007-26, side 87, der det heter:
- "Med 'passende stilling' menes at stillingen skal være adekvat, høvelig eller egnet. Den nye stillingen må ha det samme grunnpreget som den tidligere stillingen. Uttrykket må forstås rimelig vidt. Tjenestemannen må ha de nødvendige faglige og personlige egenskaper for den nye stillingen. Dersom den nye stillingen innholdsmessig avviker sterkt fra den tidligere stillingen, vil man lett komme til at den ikke er 'passende' i lovens forstand."**
- (91) Med dette som utgangspunkt, er det mitt syn at en førsteamanuensisstilling innen samme fag som den tidligere forskerstillingen, er annen passende stilling for ankemotparten. Vurderingen må foretas med utgangspunkt i om stillingene er vesensulike for en person med ankemotpartens bakgrunn.
- (92) Det er naturligvis ulikheter mellom de to stillingene, men alene å konsentrere seg om disse ulikhetene, gir etter mitt syn et uriktig rettslig utgangspunkt, også om vurderingen gjøres ut fra en mer objektiv norm.
- (93) Jeg er etter dette kommet til at en stilling som førsteamanuensis ikke på prinsipielt grunnlag kunne konstateres ikke å være "annen passende stilling", slik Universitetet gjorde. Så langt gjelder dette med det forbehold at det ikke kan sies at en stilling som

førsteamanuensis er høyere rangert enn en forskerstilling i stillingskategori 1109.

- (94) Lagmannsretten har lagt til grunn at fortrinnsretten også gjelder i forhold til stillinger som er høyere rangert enn den stillingen vedkommende sies opp fra, forutsatt bare at den nye stillingen ikke er høyere lønnet. Da det er mitt syn at førsteamanuensisstillingen ikke er høyere rangert enn forskerstilling i stillingskategori 1109, behøver jeg ikke å ta stilling til dette tolkingsspørsmålet. Jeg viser imidlertid til brev fra Administrasjonsdepartementet til LO-Stat 18. juli 1996 (sak 96/01748), gjengitt i Bjørnaraa mfl., Norsk tjenestemannsrett, side 834, som også førstvoterende har vært inne på. Det heter her:

"Departementet legger således til grunn at dersom det er klart at den aktuelle person søker en stilling som er rangert høyere enn den stilling vedkommende tidligere har hatt, så kan fortrinnsretten ikke benyttes, ..."

- (95) Det er uomtvistet at lønnen i de to stillingene er den samme, og det er også uomtvistet at de faglige krav er helt tilsvarende. For begge stillinger kreves norsk doktorgrad eller tilsvarende forskningskompetanse. På bakgrunn av at en stor del av forskningsstillingene er av midlertidig karakter, understreker jeg for ordens skyld også at dette ikke er relevant for vurderingen i saken her. Vurderingen av ankemotpartens fortrinnsrett bygger nettopp på at han har oppsigelsesvern.
- (96) Førstvoterende viser til "den særlige utvelgelsesprosessen som gjelder for stilling som førsteamanuensis". Jeg kan ikke se at det er faktisk dekning for denne premissen, og viser i denne forbindelse til forskrift 9. februar 2006 om ansettelse og opprykk i undervisnings- og forskerstillinger, § 2-4:

"Ansatte amanuenser, høyskolelektorer og universitetslektorer som har tiltrådt fast stilling eller åremålsstilling ved institusjoner under lov om universiteter og høyskoler kan søke om opprykk til stilling som førsteamanuensis eller førstelektor. Amanuenser, høyskolelektorer og universitetslektorer med minst halv stilling kommer inn under ordningen. Opprykk er personlig og får ingen konsekvenser for stillingsinnehaverens arbeidsoppgaver."

- (97) Fra stilling som førsteamanuensis kan det så søkes om opprykk til professor, igjen uten at dette skjer i konkurranse med andre.
- (98) Det er formentlig vesentlig vanligere med opprykk til førstestillinger ved denne ordinære fremgangsmåte, enn ved at forsker med nødvendig kompetanse for førstestilling påberoper fortrinnsrett ved bortfall av sin stilling. Jeg reserverer meg også fra den underliggende premisse at det ikke er stor konkurranse om forskningsoppdrag.
- (99) Muligheten til å søke om opprykk til professor atskiller seg ikke fra en forskers adgang til å søke opprykk til forskerstilling i stillingskategori 1183. Slik stilling har tilsvarende kompetansekrav som professorstilling, tilsvarende bedømmelse og samme lønn. Opprykksmulighetene er parallelle, jf. Reglement for opprykk til forsker i statlige virksomheter, inntatt i Statens personalhåndbok som punkt 10.3.1, og kan ikke begrunne at en førsteamanuensisstilling rangerer høyere enn en forskerstilling på samme nivå.
- (100) Det er etter mitt skjønn ikke grunnlag for å plassere en stilling i en høyere stillingskategori enn en annen basert på en subjektiv opplevelse av at den ene stillingen er mer attraktiv enn den andre, eller at den oppleves å være forbundet med større prestisje. Det er helt vesentlig at denne vurderingen gjøres basert på objektive kriterier som gir

forutberegnelighet, og som sikrer at loven anvendes på samme måte på forskjellige virksomhetsområder.

- (101) Universitetet i Oslos vektlegging av kvalifikasjonsprinsippet og viktigheten av at ansettelse i førstestillinger skjer etter konkurranse, svekkes allerede ved at opprykksordningen ikke trekkes inn i den vurderingen universitetet gjør. De hensyn universitetet viser til, kan imidlertid ikke under noen omstendighet være avgjørende. Som en lang rekke andre virksomheter vil den ankende part kunne oppleve at fortrinnsretten står i veien for ansettelse av den dyktigste kandidat, og også at det er av særlig stor betydning for dem.
- (102) Lovgiver var da også oppmerksom på at særlige omstendigheter kunne tilsi at det bør gjøres unntak i den fortrinnsrett som ellers ville følge av de alminnelige regler, jf. Ot.prp. nr. 72 (1981–1982), side 28 punkt 4. Dette er bakgrunnen for forskriftshjemmelen i tjenestemannsloven § 13 nr. 4:

"Kongen fastsetter ved forskrift nærmere regler om fortrinnsrett. Det kan fastsettes at fortrinnsretten ikke skal gjelde den som blir sagt opp fra nærmere bestemte stillinger, og at den heller ikke skal gjelde ved tilsetting i nærmere bestemte stillinger."

- (103) Hjemmelen er benyttet, og særlige regler er gitt i forskrift til tjenestemannsloven, 11. november 1983, som senere er endret en rekke ganger. På tross av at forskriften inneholder en rekke bestemmelser om ulike stillingskategorier på universitetene, er det ikke gjort noe unntak fra fortrinnsretten hva angår stilling som førsteamanuensis og professor, og fortrinnsretten er heller ikke for øvrig modifisert for disse stillingskategoriene. Fortrinnsrett til slike stillinger kan da gjøres gjeldende etter de alminnelige regler. Det er ikke noe rettslig grunnlag for å supplere de unntak som er gjort i forskriften.
- (104) Samlet sett er jeg kommet til at stilling som førsteamanuensis ikke i den aktuelle sammenheng har høyere rang enn stilling som forsker i stillingskategori 1109. Det innebærer da at stilling som førsteamanuensis vil kunne anses som en "passende stilling" for en forsker i stillingskategori 1109 med den bakgrunn og kompetanse som ankemotparten har.
- (105) Jeg stemmer etter dette for at anken forkastes.

- (106) Dommer **Normann:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende, dommer Bergh.
- (107) Dommer **Bergsjø:** Likeså.
- (108) Dommer **Stabel:** Likeså.

(109) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

D O M :

Lagmannsrettens dom oppheves.

Riktig utskrift bekrefte: