

TVISTELØSNINGSNEMNDAS BEHANDLING AV FORTRINNSRETT FOR DELTIDSANSATTE

Kandidatnummer:

519

Leveringsfrist:

25.april 08

Til sammen 17 357 ord

20.04.2008

Innholdsfortegnelse

<u>1 INNLEDNING.....</u>	<u>1</u>
<u>2 TEMA OG AVGRENSNINGER.....</u>	<u>2</u>
<u>3 RETTSKILDER</u>	<u>3</u>
3.1 Fortrinnsrett for deltidsansatte.....	3
3.2 Tvisteløsningsnemnda.....	6
<u>4 PRESENTASJON AV BESTEMMELSENE</u>	<u>7</u>
4.1 Fortrinnsrett for deltidsansatte.....	7
4.1.1 Bestemmelsens formål.....	7
4.1.2 Definisjoner	8
4.1.3 Bestemmelsens vilkår	9
4.1.4 Forhold til andre fortrinnsrettbestemmelser.....	9
4.2 Informasjonsplikt og rettsvirkning.....	10
4.3 Tvisteløsningsnemnda.....	11
4.3.1 Lovens formål.....	11
4.3.2 Nemndas kompetanse, sammensetning og saksbehandling.....	11
<u>5 TVISTELØSNINGSNEMNDAS BEHANDLING AV KRAV OM FORTRINNSRETT.....</u>	<u>13</u>
5.1 Prosessuelle krav.....	14
5.1.1 Fristen for å fremme sak for tvisteløsningsnemnda.....	14
5.1.1.1 Fristens utgangspunkt.....	15
5.1.1.2 Avbrytelse av fristen.....	18
5.1.2 Virkeområdet til bestemmelsen om fortrinnsrett for deltidsansatte.....	20

5.2 Materielle krav	23
5.2.1 Om lag de samme arbeidsoppgavene.....	23
5.2.2 Kvalifikasjonskravet.....	25
5.2.2.1 Utlysningsteksten.....	26
5.2.2.2 Virksomhetens behov.....	30
5.2.2.3 Samarbeidsproblemer og motsetningsforhold.....	32
5.2.2.4 Lokal tilknytning.....	35
5.2.2.5 Helsemessige forhold.....	36
5.2.2.6 Alder.....	38
5.2.2.7 Oppsummering av kvalifikasjonsvurderingen.....	39
5.2.3 Vesentlig ulempe for arbeidsgiver.....	41
5.2.3.1 Kombinere en mindre stillingsbrøk med deltidsstillingen	42
5.2.3.2 Brøk eller andel av den ledige stillingen.....	47
5.2.3.3 Oppsummering av ulempevurderingen.....	49
5.2.4 Andre vurderinger.....	50
5.2.4.1 Ny ansettelse.....	50
5.2.4.2 Utvelgelsen av flere fortrinnsberettigede etter § 14-3.....	53
<u>6 VURDERING AV TVISTELØSNINGSNEMNDA</u>	56
6.1 Om tvisteløsningsnemnda er et egnet organ for krav om fortrinnsrett	56
6.2 Oppsummering og konklusjon.....	62
<u>7 LITTERATURLISTE</u>	63
7.1 Lover, forskrifter og tariffavtaler.....	63
7.2 Forarbeider.....	64
7.3 Avgjørelser.....	64
7.4 Internasjonale kilder.....	64
7.5 Litteratur.....	65

1 Innledning

Temaet for avhandlingen er tvisteløsningsnemndas behandling av fortrinnsretten for deltidsansatte etter lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern av 6.juni 2005(aml.)§14-3(4).

Bestemmelsen om fortrinnsrett for deltidsansatte trådte i kraft 1. januar 2006, og er en nyskapning i forhold til arbeidsmiljøloven av 1977. Bakgrunnen for lovreguleringen har vært å redusere antall uønskede deltidsansatte, samtidig som bestemmelsen har et likestillingsmessig aspekt, jf.Ot.prp.nr.49(2004-2005)kap.17.2.6.

Prinsippet om fortrinnsrett for deltidsansatte har tidligere vært nedfelt i diverse tariffavtaler, og er idag regulert blant annet i Hovedtariffavtalen i kommunal sektor (2006-2008)§2.3(2) og i Hovedavtalen mellom LO og NHO (2006-2009) §10-4(2). For mange arbeidstakere har derfor prinsippet vært gjeldende før det ble vedtatt i arbeidsmiljøloven.

Det ble i den nye loven opprettet en tvisteløsningsnemnd som erstatter den tidligere tvistenemnda for utdanningspermisjonssaker og ankenemnda for tidskonto.

Tvisteløsningsnemnda avgjør også en rekke andre tvister i arbeidsmiljøloven som redusert arbeidstid, fleksibel arbeidstid, fritak for nattarbeid, fritak for overtid- og merarbeid, permisjonssaker og fortrinnsrett for deltidsansatte jf.aml.§§17-2, 10-13, 12-14 og 14-3.

Ved tvister der det er spørsmål om arbeidstaker kan kreve fortrinnsrett etter aml.§14-3, forutsettes det at tvisteløsningsnemnda fatter vedtak før partene kan bringe saken inn for domstolene, jf.aml.§17-2(2). Tvisteløsningsnemnda er med andre ord en tvungen tvisteløsningsform i saker om fortrinnsretten for deltidsansatte.¹

¹ Ot.prp.nr.49 (2004 –2005) s.291

2 Tema og avgrensninger

I 2006 og 2007 har det kommet inn totalt 150 saker til tvisteløsningsnemnda, og det er fattet til sammen 85 vedtak. Tvister om fortrinnsrett for deltidsansatte er den type saker som oftest har kommet inn for nemnda. 60 av de innkomne sakene omfatter tvist om fortrinnsrett for deltidsansatte og det er fattet vedtak i 39 saker. Temaet for fremstillingen er derfor nemndas behandling av denne type tvist, jf. aml.§14-3(4).

Oppgaven vil også gi en presentasjon av tvisteløsningsnemnda, jf. aml.§17-2, en presentasjon av bestemmelsen om fortrinnsretten for deltidsansatte, jf. aml.§14-3, og en oversikt over lovens intensjoner bak disse bestemmelsene. Jeg vil også ta opp problemstillingen om tvisteløsningsnemnda er et egnet organ for å løse denne type tvist.

Bestemmelsen om fortrinnsrett etter aml.§14-3 gjelder også for arbeidstakere som er omfattet av tjenestemannslovens bestemmelser, jf. FOR-2005-12-1567 §1. Fortrinnsrett til ny ansettelse i aml.§14-2 og bestemmelsen om virkninger ved brudd på reglene om fortrinnsrett i aml.§14-4 gjelder ikke for statens tjenestemenn. Tjenestemannsloven har egne bestemmelser om fortrinnsrett til ny ansettelse i tjml.§13. Hva som er bakgrunnen for at aml.§14-3 gjelder for statens tjenestemenn og hva dette innebærer, vil ikke bli behandlet i oppgaven.

Forholdet mellom §14-3 og andre fortrinnsrettbestemmelser i arbeidsmiljøloven, jf. §§14-2, 16-3(3) og 10-2(4) er omtalt i avsnitt 4.1.4. Oppgaven vil ikke gi en nærmere analyse om hvordan bestemmelsene skal harmoniseres for tilfeller der det er uklart hvilke bestemmelse som skal gis best prioritet.

Likestillingsloven kan være et rettslig grunnlag for å gi deltidsansatte fortrinnsrett til utvidet stilling, jf. likestl.§3. En praksis som nekter deltidsansatte en rett til utvidet stilling kan ramme kjønnskjevnt fordi de fleste som jobber deltid er kvinner, jf. NOU 2004:29 kap. 3.17. Det avgjørende for om en forskjellsbehandling er lovstridig er om forskjellsbehandlingen på en urimelig måte stiller kvinner dårligere enn menn, se for

eksempel avgjørelsen i LKN-1992-2. Her kom flertallet i Klagenemnda for likestilling frem til at det forelå indirekte diskriminering da en kvinnelig aktivør med halv stilling i et kommunalt sykehjem ikke ble ansatt i en ytterligere halvdagsstilling utlyst av kommunen. I denne oppgaven vil imidlertid ikke likestillingsloven som grunnlag for fortrinnsrett til utvidet stilling og Klagenemndas avgjørelser om indirekte diskriminering av deltidsansatte bli nærmere behandlet.

EF-domstolen har også vurdert spørsmål knyttet til deltidsansatte i et likestillingsperspektiv, se for eksempel saken i C-285/02. Her kom domstolen frem til at det forelå indirekte diskriminering av kvinnelige lærere med deltidsstillinger ved beregning av overtidsgodtgjørelse. EF-domstolens saker om deltidsansatte i et likestillingsperspektiv vil ikke bli behandlet.

Oppgaven vil heller ikke behandle fortrinnsrett for deltidsansatte i et internasjonalt perspektiv, herunder hva som kan utledes av Direktiv97/81/EF, eller hva som gjelder i andre land mht fortrinnsrett for deltidsansatte.

3 Rettskilder

3.1 Fortrinnsrett for deltidsansatte

Fortrinnsrett for deltidsansatte reguleres i aml.§14-3. Andre bestemmelser om fortrinnsrett kan også være relevante ved tolkningen av fortrinnsretten for deltidsansatte, jf.aml.§§14-2, 16-3(3) og 10-2(4)3pkt, fordi bestemmelsene er bygget opp på tilnærmet lik måte.

Spørsmålet om hvorvidt fortrinnsretten for deltidsansatte skulle lovreguleres ble diskutert lenge før §14-3 ble vedtatt. I Ot.prp.nr.49(2004-2005) fremmet departementet lovforslag om fortrinnsrett, til tross for at både Arbeidslivslovutvalget,² og Deltidsutvalget³ var

² NOU 2004:5

³ NOU 2004:29

negative til lovfesting av fortrinnsretten. Departementets forslag ble fulgt opp under Stortingets behandling.⁴

Det foreligger per idag ingen rettspraksis om fortrinnsretten etter §14-3, men tvisteløsningsnemndas vedtak er relevante ved tolkningen av bestemmelsen.⁵ Vedtakene angir blant annet hvilke momenter som kan være relevante og vektleggingen i konkrete tilfeller.

Rettspraksis om fortrinnsretten etter §14-2 kan også være en relevant rettskilde ved tolkningen av bestemmelsen i §14-3, jf. blant annet Rt-2003-1754. Dommen gjaldt spørsmålet om kvalifikasjonskravet var oppfylt og har overføringsverdi til §14-3, se avsnitt 5.2.2.

Det foreligger flere tariffavtaler med bestemmelse om fortrinnsrett for deltidsansatte, blant annet Hovedtariffavtalen i kommunen (2006-2008) og Hovedavtalen mellom LO og NHO (2006-2009). Hovedtariffavtalen i kommunen inneholder både en bestemmelse om fortrinnsrett og en definisjon på deltidsansatte, jf. §§2.3(2) og §1.2, som har overføringsverdi til §14-3.

I et internasjonalt perspektiv er Direktiv 97/81/EF (deltidsdirektivet) og EØS-avtalens hoveddel art. 96 og 70 samt Direktiv 75/117/EØF og 76/207/EØF sentrale rettskilder. Gjennom EØS-avtalen er Norge forpliktet til å gjøre disse reglene til en del av norsk rett, og direktivene er ansett som implementert i norsk rett i arbeidsmiljøloven og likestillingsloven.⁶

Deltidsdirektivet er en rammeavtale inngått mellom europeiske arbeidstaker- og arbeidsgiverorganisasjoner og er en del av EØS-avtalen. Formålet med avtalen er å forhindre forskjellsbehandling av deltidsansatte og forbedre kvaliteten på deltidsarbeid, jf.

⁴ Innst.O. nr.100(2004-2005)

⁵ Eckhoff 2001 s.23

⁶ NOU 2004:29 s.77

direktivets art.1. I EØS-avtalens hoveddel art.69 og 70 er det nedfelt et likebehandlingsprinsipp mellom kvinner og menn. Direktiv 75/117/EØF og 76/207/EØF er omfattet av EØS-avtalen og skal fremme likebehandling og like lønns- og arbeidsvilkår.

Direktivene er verken til hinder for eller pålegger nasjonale regler om fortrinnsrett for deltidsansatte.⁷ Direktivene krever heller ikke at en eventuell nasjonal bestemmelse om fortrinnsrett for deltidsansatte skal ha særskilte prosessordninger, slik som vi har i aml.§17-2. Arbeidsmiljølovens bestemmelse om fortrinnsrett for deltidsansatte etter aml.§14-3 og behandling av slike tvister i tvisteløsningsnemnda går dermed lengre enn det som følger av internasjonale regler.

International Labour Organisation (ILO) vedtok en egen konvensjon i 1994 om deltidsarbeid, konvensjon nr.175. Konvensjonen er ikke ratifisert i Norge, men har likevel en viss relevans fordi den inneholder målsetninger og minimumsregler i internasjonal rett i forhold til deltidsarbeid. ILO-konvensjonen legges også til grunn i Den europeiske menneskerettsdomstolen.⁸

Både finsk og svensk rett har regler om fortrinnsrett for deltidsansatte, jf. den finske arbeidsavtalslagen 2 kapittel 5§ fra 2001 og den svenske Lag om anställningskydd (las) 25a§ fra 1996. Danmark har ikke tilsvarende lovregler.⁹

Ifølge NOU 2004:29 s.81 ligner den finske arbeidsavtaleloven om fortrinnsrett for deltidsansatte på den svenske regelen. Etter den svenske bestemmelsen har en deltidsansatt fortrinnsrett til høyere stillingsbrøk dersom vilkårene etter lovens bestemmelse er oppfylt. Det er vilkår om at arbeidsgiveren må ha et behov for mer arbeidskraft, samt et kvalifikasjonskrav. Arbeidstakeren skal ha de kvalifikasjoner som normalt kreves til stillingen, men har rett til en viss opplæringstid dersom dette er vanlig ved nyansettelser. Arbeidstakerens ønske må være meddelt arbeidsgiveren, og det gis kun en rett til å øke sin

⁷ NOU 2004:5 Kap.15

⁸ NOU 2004 kap.8.2.2

⁹ NOU 2004:5 s.342

stilling opp til full tid. Dersom det fremmes en påstand om at arbeidstakeren ikke er kvalifisert, har arbeidsgiveren bevisbyrden for dette. Fortrinnsretten kan fravikes ved tariffavtale, jf.las 2§tredje ledd.

3.2 **Tvisteløsningsnemnda**

Lovens ordlyd angir hvilke saker som tvisteløsningsnemnda skal behandle, jf aml.§§17-2, 10-13, 12-14 og 14-3. Loven inneholder også en forskriftshjemmel, jf.§17-2(4). I forskriften er det bestemmelser om nemndas sammensetning, saksbehandlingsregler og frister for å fremme sak for nemnda, jf. FOR-2005-12-16 NR.1569.

Lovforarbeidene¹⁰ belyser lovens intensjoner med opprettelsen av en tvisteløsningsnemnd. I utgangspunktet var det saker om permisjon etter aml.kap.12 og bestemmelsene i §§10-2(2) til (4) og 10-6(8) vedrørende arbeidstid som skulle være omfattet av nemndsbehandling. I Innst.O nr.100(2004-2005) ble det foreslått at fortrinnsretten for deltidsansatte også skulle omfattes av nemndsbehandling. Stortinget ville med dette styrke fortrinnsretten i §14-3.

Siden det ikke foreligger noen rettspraksis om den nye bestemmelsen i §14-3, er det usikkert hvilke holdninger domstolene har til nemnda som tvisteløsningsorgan for tvister om fortrinnsrett for deltidsansatte og i hvilken grad domstolen vil komme frem til samme resultater som nemndas vedtak.

I tvisteløsningsnemndas vedtak foretas vurderingene ut fra de konkrete tilfellene, men vedtakene kan likevel gi et inntrykk av hvordan nemnda fungerer i praksis som tvisteløsningsorgan for tvister om fortrinnsrett for deltidsansatte.

Tvisteloven og praksis fra domstolene er også relevante rettskilder fordi dette gir et sammenligningsgrunnlag for tvisteløsningsnemnda. Ved å foreta en sammenligning mellom domstolen og tvisteløsningsnemnda kan man lettere belyse nemndas fordeler og ulemper.

¹⁰ NOU 2004:5, Ot.prp nr.49(2004-2005) og Innst.O nr.100(2004-2005).

4 Presentasjon av bestemmelsene

I dette avsnittet skal det gis en oversikt over bestemmelsen om fortrinnsrett for deltidsansatte, jf. aml.§14-3, og reglene om tvisteløsningsnemnda, jf. aml.§17-2 og FOR 2005-12-16 nr.1569, samt lovens intensjoner bak disse bestemmelsene.

4.1 Fortrinnsrett for deltidsansatte

Fortrinnsrett for deltidsansatte i aml.§14-3 gjelder generelt for alle arbeidstakere uansett om de er omfattet av en tariffavtale eller ikke. Bestemmelsen er preceptorisk til fordel for arbeidstaker, jf.aml.§1-9. Man kan bare avtale en annen løsning enn lovens dersom dette er mer gunstig for arbeidstaker.

4.1.1 Bestemmelsens formål

Bestemmelsen om fortrinnsrett for deltidsansatte skal sikre mot uønsket deltid/undersyssetning. I tråd med offisiell arbeidsmarkedsstatistikk menes undersyssetning deltidsansatte som ønsker en lengre avtalt arbeidstid per uke, som har forsøkt å få mer arbeid og kan begynne med økt arbeidstid innen 4 uker.¹¹ I annet kvartal 2004 var det om lag 100 000 undersysselsatte, noe som utgjør 4% av arbeidsstyrken og 16% av alle deltidsansatte. 75% av alle undersysselsatte er kvinner, jf.NOU 2004:29(2004-2005)kap.3.17.

Det er mange som jobber deltid etter eget ønske. Deltidsarbeid skaper fleksibilitet og livssituasjonen til arbeidstakeren kan gjøre det vanskelig med fulltidsstilling. Men det er store kjønnsforskjeller i antallet deltidsansatte. I 2004 var 43% av kvinnene i arbeidslivet deltidsansatte mens det for menn var 13%.¹² Dette går blant annet utover kvinners karrieremuligheter, muligheter til høyere inntekt og pensjonspoeng. Fortrinnsretten har derfor et likestillingsmessig aspekt, og kan styrke kvinners stilling på arbeidsmarkedet og fremme deres reelle muligheter til økonomisk selvstendighet, jf.Ot.prp.nr. 49(2004-2005)kap.17.2.6.

¹¹ NOU 2004: 29. s.15

¹² NOU 2004:29 Kapittel 5.1

Ved lovgivningsprosessen forelå det ingen uenighet om at undersyssetting burde reduseres og at likestillingen burde økes. Uenigheten lå i om en lovfesting av fortrinnsrett for deltidsansatte er et egnet virkemiddel for å nå disse målene, jf. NOU 2004:5, NOU 2004:29 og Ot.prp.nr.49(2004-2005).

Partene i arbeidslivet har deltatt aktivt i lovgivningsprosessen, og det er derfor ikke overraskende at det forelå et delt syn. Bestemmelsen i aml.§14-3 gir arbeidstakere et vern på bekostning av blant annet arbeidsgiverens behov for fleksibilitet. Deltidsstillinger kan også være et viktig bidrag til et velfungerende arbeidsmarked, jf Ot.prp.nr.49(2004-2005) kap.17.2.6. Bestemmelsen regulerer forhold av sterk politisk interesse og med et likestillingsmessig aspekt. Det er derfor naturlig med ulike meninger om hvilke hensyn som bør vektlegges.

4.1.2 **Definisjoner**

Med "*fortrinnsrett*" menes en rett for deltidsansatte til utvidet stilling fremfor at det blir foretatt nyansettelse i virksomheten, jf.§14-3(1) og Ot.prp.nr.49(2004-2005) kap.17.2.1. Dette innebærer at en deltidsansatt har rett til å gå foran andre søkere dersom vilkårene for fortrinnsrett foreligger.

Fortrinnsretten etter §14-3 er forbeholdt "*deltidsansatte*". Det er ingen implisitt definisjon i arbeidsmiljøloven om hva som menes med deltidsansatte. I Ot.prp.nr.49(2004-2005)s.330 er det uttalt at med en deltidsansatt menes en person som har avtalt arbeidstid som er lavere enn normal arbeidstid i vedkommende yrke eller bransje.

Hva som er normal arbeidstid følger av aml.§10-4, tariffavtaler eller avtale mellom partene. Etter aml.§10-4 er normal arbeidstid som hovedregel 40 timer i uka. Det foreligger diverse tariffregler om normal arbeidstid på 37,5 timer i uka, jf. blant annet Verkstedsoverenskomsten kap.II§2.1.2.

Fortrinnsretten kan gjøres gjeldende i ”*virksomheten*”, jf. § 14-3(1). Virksomhetsbegrepet er ikke definert i arbeidsmiljøloven og begrepet blir benyttet flere steder i loven med noe ulik betydning. Dette innebærer at begrepet må avgjøres ut fra en tolkning av de enkelte bestemmelser som anvender dette uttrykk. Etter en språklig forståelse omfatter begrepet virksomhet blant annet selskapet, stiftelsen eller lignende der arbeidstaker er ansatt. Uttrykket viderefører bedriftsbegrepet i de tidligere arbeidervernlovene. Begrepsendringen tilsiktet ingen vesentlig realitetsendring, men en klargjøring om at både privat næring og offentlig forvaltning har vært dekket av bedriftsbegrepet, og at det ikke har betydning hvordan driften er organisert, jf. Ot.prp.nr.3(1975-1976)s.101.

4.1.3 **Bestemmelsens vilkår**

”Fortrinnsretten er betinget av at arbeidstaker er kvalifisert for stillingen og at utøvelse av fortrinnsretten ikke vil innebære vesentlige ulemper for virksomheten”, jf. aml § 14-3(2).

Disse to kumulative vilkår, kvalifikasjonskravet og kravet om at fortrinnsretten ikke vil innebære vesentlige ulemper for virksomheten, må være oppfylt for at fortrinnsretten kan gjøres gjeldende. Vilrårene vil bli behandlet i avsnitt 5.2.2 og 5.2.3.

4.1.4 **Forhold til andre fortrinnsrettbestemmelser**

Loven regulerer selv prioriteten mellom ulike bestemmelser om fortrinnsrett. Etter aml. § 14-3(3) har fortrinnsrett for deltidsansatte prioritet foran fortrinnsretten for midlertidig ansatte i § 14-2(2)1pkt, men etter fortrinnsrett for ny ansettelse i § 14-2(1).

I § 16-3(3) foreligger det en fortrinnsrett til ny ansettelse hos tidligere arbeidsgiver for arbeidstakere som gjør gjeldende reservasjonsrett. Reservasjonsrett innebærer at arbeidstakeren kan motsette seg at arbeidsforholdet overføres til ny arbeidstaker ved en virksomhetsoverdragelse, jf. § 16-3(1). Fortrinnsretten i § 16-3(3) får prioritet bak bestemmelsene i §§ 14-2 og 14-3, jf. § 16-3(3)3pkt.

Prioriteten mellom fortrinnsretten i §14-3 og 10-2(4)3pkt er imidlertid ikke lovregulert. Lovforarbeidene gir heller ingen veiledning om dette. Det kan derfor være usikkert hvordan §14-3 og fortrinnsretten for arbeidstakere som har fått redusert arbeidstid etter §10-2(4) skal harmoniseres.

Fortrinnsretten i §10-2(4)3pkt har et snevert anvendelsesområde, noe som kan tilsi at den er subsidiær i forhold til §14-3. Den ansattes situasjon med redusert arbeidstid kan imidlertid ha endret seg slik at fortrinnsretten er viktig for den ansatte. Dette kan tale for at fortrinnsretten i §10-2(4)3pkt bør ha prioritet foran §14-3. Likevel foreligger det nok et større behov for å sikre deltidsansatte mot undersyssetting etter §14-3. Den ansatte med redusert arbeidstid har jo uansett rett til å gå tilbake til sin tidligere arbeidstid når den avtalte perioden er over, jf. §10-2(4)2pkt. På bakgrunn av dette bør fortrinnsretten etter §14-3 ha prioritet foran.

4.2 Informasjonsplikt og rettsvirkning

Arbeidstakere skal bli informert om ledige stillinger i virksomheten, jf. aml.§14-1. Denne informasjonen gjør det lettere for deltidsansatte å utøve fortrinnsretten. Selv om deltidsansatte skal informeres er det ikke noe forbud mot at arbeidsgiver utlyser stillingen eksternt. Dersom arbeidsgiver utlyser stillingen eksternt er fortrinnsretten i behold inntil eventuell søknadsfrist er utløpt, jf.Ot.prp.nr.49(2004-2005) s.228.

Dersom en fortrinnsberettiget skulle vært ansatt i en stilling, skal retten etter krav fra den fortrinnsberettigede avsi dom for ansettelse i stillingen med mindre dette finnes urimelig, jf.aml.§14-4(1). Det kan for eksempel virke urimelig med dom for ansettelse dersom en annen allerede er blitt ansatt i stillingen fordi man må ta hensyn til den som ble ansatt.¹³ Retten kan heller ikke avsi dom for ansettelse før det foreligger en avgjørelse fra tvisteløsningsnemnda, jf. §17-2(2).

¹³ Fougner 2006 s.611

Ved brudd på fortrinnsretten kan arbeidstakeren også kreve erstatning som fastsettes på samme måte som i forbindelse med usaklig oppsigelse, jf.§14-4(2).

4.3 Tvisteløsningsnemnda

Ved lovendringen i 2005 ble det opprettet et nytt tvisteløsningsorgan, jf.aml.§17-2.

Tvisteløsningsnemnda er et selvstendig forvaltningsorgan. Administrasjonen hører under Arbeids-og inkluderingsdepartementet. Direktoratet for arbeidstilsynet er sekretariat for nemnda, jf. FOR 2005-12-16 nr.1569 §2.

4.3.1 Lovens formål

Bakgrunnen for opprettelsen av nemnda som tvisteløsningsorgan var en oppfatning om at dette ville gi grunnlag for en raskere, smidigere og mer spesialisert behandling av konflikter. Etter departementets oppfatning ville noen tvister der tidsaspektet er særlig fremtredende og der søksmålsterskelen antas å være særlig høy, egne seg svært godt for behandling i tvistenemnd. Departementet fremhevet også at det var en klar forutsetning med en partsammesatt nemnd, samt at kompetansehensynet ble ivaretatt ved å kanalisere erfaring og innsikt fra arbeidslivets organisasjoner inn i nemnda, jf Ot.prp.nr. 49(2004-2005) kap.23.2.4.

4.3.2 Nemndas kompetanse, sammensetning og saksbehandling

Tvisteløsningsnemndas kompetanse er regulert i aml.§17-2(1). Både i arbeidslivslovutvalget, i høringsuttalelsene og i departementet mente man at det var lite hensiktsmessig å etablere en nemnd med så snevert virkefelt som tilfellet med tidskonto-og utdanningspermisjonsnemnda, og at flere tvister burde bli omfattet av en slik nemnd, jf.Ot.prp.nr.49(2004-2005)kap.23.2.

Tvisteløsningsnemnda er sammensatt av tre faste medlemmer og to medlemmer tilknyttet den enkelte sak, jf. forskriftens §1. De faste medlemmene består av en arbeidslivskyndig leder med juridisk embetseksamen og to medlemmer oppnevnt etter forslag fra arbeidslivets organisasjoner fra arbeidstaker- og arbeidsgiversiden. De faste medlemmene i

nemnda ble oppnevnt av Kongen i statsråd i 2006, og skal være medlemmer frem til 31.12.08.¹⁴ De to medlemmene tilknyttet den enkelte sak oppnevnes etter forslag fra partene i den konkrete tvist og skal ha tilknytning til den bransje som er berørt i saken. For at nemnda skal være vedtaksfør må alle medlemmene være til stede, jf forskriftens §5.

Tvisteløsningsnemndas vedtak kan ikke påklages, men ellers gjelder forvaltningsloven for tvisteløsningsnemndas saksbehandling, jf. FOR 2005-12-16 nr.1569 §6.

Nemndas vedtak kan prøves for domstolene, jf.aml.§17-2(2). Ved domstolsprøving av tvisten skal nemndas konklusjon stå ved lag mens saken er til behandling ved domstolene, med mindre dette virker urimelig og det fastsettes en annen midlertidig ordning etter krav fra en av partene, jf.§17(2)2 og 3pkt.

En tvistesak skal fremmes skriftlig overfor tvisteløsningsnemnda, og nemnda behandler tvisten på grunnlag av skriftlige fremstillinger, jf. forskriftens §4. Ved alminnelig domstolsbehandling gjelder det et muntlighetsprinsipp, bevismaterialet som skal føres for den dømmende rett har en overveiende muntlig form.¹⁵ Det kan derfor spørres om det er forsvarlig at nemnda ikke anvender muntlighetsprinsippet.

Fordelen med skriftlig behandling er at nemndbehandlingen blir raske og smidigere enn domstolsbehandling, noe som var lovens intensjoner bak opprettelsen av nemnda, jf. Ot.prp.nr.49(2004-2005) kap.23.2.4. Saksbehandlingen i nemnda tar vanligvis åtte til ti uker, noe som er svært raskt i forhold til saksbehandlingen i rettsapparatet.¹⁶

Skriftlig saksbehandling kan gjøre det vanskelig å belyse tilfredstillende alle de sider av saksforholdet som er av betydning for nemndas vurdering. Nemnda bemerket denne ulempen i sak nr. 33/2007 og nr.18/2006. Til tross for denne bemerkningen, fant nemnda at de kunne ta stilling til om kvalifikasjonskravet var oppfylt.

¹⁴ Pressemelding nr.14.03.02.06. Arbeids-og inkluderingsdepartementet.

¹⁵ Hov 1999 s.84

¹⁶ Artikkel i Aftenposten 25.11.07

Dersom nemnda mener at det er nødvendig for sakens opplysning kan partene innkalles, jf. forskriftens §4(2)2pkt. Denne bestemmelsen avhjelper ulempen ved at saken ikke blir tilstrekkelig belyst. Hittil foreligger det kun en sak der nemnda har innkalt partene, jf. sak nr.3/2006.¹⁷

Sak nr.3/2006 gjaldt tvist om rett til redusert arbeidstid etter aml.§10-2(4), der arbeidsgiveren hadde avslått arbeidstakerens krav om 20% arbeidstidsreduksjon. Partene ble gjennom representanter bedt om å stille for å svare på spørsmål under tvisteløsningsnemndas møte. Nemnda begrunner ikke hvorfor partene ble innkalt annet enn at de ble bedt om å stille for å gi ytterligere opplysninger i saken.

Det kan hevdes at dersom nemnda hadde innkalt partene oftere etter forskriftens §4(2)2pkt, ville sakene blitt belyst på en bedre måte. Bestemmelsen om fortrinnsrett for deltidsansatte forutsetter en individuell og skjønnsmessig vurdering. Det er derfor viktig at alle sider av saken blir tilstrekkelig belyst. Dersom partene oftere hadde forklart seg muntlig overfor nemnda, kunne dette ført til at alle nyanser i saken ville kommet frem på en bedre måte enn ved skriftlig behandling. Det er viktig at nemnda er rask og effektiv, men nemndas vedtak må også anses for å være materielt riktige.

5 Tvisteløsningsnemndas behandling av krav om fortrinnsrett

Flere av sakene i nemnda har blitt avvist fordi fristen i forskriftens §3(3) ikke er overholdt, eller fordi nemnda ikke har kompetanse til å fatte vedtak, jf. blant annet sak nr.6/2007 og nr.14/2006.

I åtte av sakene fra 2006 og 2007 der nemnda har fattet vedtak, mente arbeidsgiveren at fortrinnsretten innebar vesentlige ulemper for virksomheten. I fire av sakene blir både

¹⁷ Ebbesen fra Arbeidstilsynet. Epost 29.01.08

kvalifikasjonskravet og ulempevurderingen påberopt som grunnlag for avvisning av fortrinnsretten. Et eksempel på dette finner vi i sak nr.33/2007, der arbeidsgiveren mente at arbeidstakeren ikke var kvalifisert og at det derfor ville innebære vesentlige ulemper for virksomheten å gjøre fortrinnsretten gjeldende.

Det er bare tre saker i nemnda der arbeidsgiveren kun påberoper kvalifikasjonskravet som avvisningsgrunnlag, jf. sak nr.14/2007, nr.9/2007 og nr.5/2007.

5.1 Prosessuelle krav

For at saken skal bli behandlet i nemnda, forutsettes det at fristen i forskriftens §3(3) er overholdt og at nemnda har kompetanse til å behandle saken, jf. aml.§17-2. Dette er prosessuelle krav der saken vil bli avvist dersom kravene ikke er oppfylt.¹⁸

5.1.1 Fristen for å fremme sak for tvisteløsningsnemnda

Fristen for å bringe inn en sak om fortrinnsrett for deltidsansatte til nemnda er fire uker etter at arbeidsgiver avslo krav fra arbeidstaker, jf. forskriftens §3(3). Begrunnelsen for denne korte fristen er blant annet hensynet til effektiv saksbehandling, jf. høringsnotat av 10.oktober 2005 s.5.

Arbeidstakere vil miste fortrinnsrett dersom fristen etter forskriftens §3(3) ikke overholdes, fristen er absolutt. Det kan derfor spørres om det er forsvarlig med en såpass kort frist. Det kan også virke lite brukervennlig at fristen er fastsatt i forskrift og ikke i loven.

Det har blitt fremmet forslag om at fristene burde fremgå direkte av arbeidsmiljøloven, blant annet for å sikre tilstrekkelig notoritet, jf.Ot.prp.nr.91(2005-2006) kap.3.3.

Departementet var enig i at en klargjøring i lovteksten var hensiktsmessig, men ut fra hensynet til brukervennlighet og rettssikkerhet mente departementet at det var tilstrekkelig å endre forskriftsfullmakten i arbeidsmiljøloven §17-2(4) slik at det tydelig fremkommer at frister for å fremme sak for nemnda fastsettes ved forskrift.

¹⁸ Hov 1999 s.31

Det er flere saker i nemnda som blir avvist på grunn av oversittet frist, jf. sak nr.6/2007, nr. 12/2006 og nr.15/2007. Dette kan tyde på at dersom fristen hadde fremgått direkte i loven, ville hensynet til rettsikkerhet og notoritet blitt ivaretatt på en bedre måte.

5.1.1.1 **Fristens utgangspunkt**

Utgangspunktet for fristen er det tidspunktet da ”*arbeidsgiver avslo krav fra arbeidstaker*”, jf.forskriftens §3(3).

Det foreligger ingen formkrav eller innholds krav til hvordan arbeidsgiver skal gi avslag på fortrinnsrett. Det kan derfor være usikkert hva som ligger i at arbeidsgiveren har ”*avslått*” et krav, og hvilke bevis som må kreves for å legge til grunn at slikt avslag er gitt.

En oppsigelse må skje skriftlig og oppsigelsen skal inneholde diverse opplysninger, jf.aml.§ 15-4. Før arbeidsgiveren fatter en beslutning om oppsigelse skal spørsmålet drøftes med arbeidstakeren og tillitsvalgte så langt dette er praktisk mulig, med mindre arbeidstakeren selv ikke ønsker det, jf.§15-1. Formålet med bestemmelsen er å sikre at en beslutning om oppsigelse treffes etter grundige avgjørelser. Sammen med §15-4 skal bestemmelsen gi størst mulig ryddighet ved oppsigelsessituasjonen og den skal gi domstolene et hensiktsmessig utgangspunkt for eventuell kontroll og etterprøving av oppsigelsen.¹⁹

Siden fristen for å fremme sak for tvisteløsningsnemnda er absolutt, kan dette tale for at man burde hatt bestemmelser om formkrav tilsvarende §15-4. Det ville også vært hensiktsmessig med et drøftelsesmøte før arbeidsgiveren fattet beslutning om avvisning av fortrinnsretten. Dette ville gitt nemnda grunnlag for en ryddig etterprøvelse, og et klarere utgangspunkt for når fristen begynner å løpe.

En oppsigelse vil ramme arbeidstakeren hardere enn avslag på fortrinnsrett. Dersom det gis avslag, har arbeidstakeren fortsatt sin deltidsstilling i behold. Dette kan tale imot at det bør være like strenge formkrav her som ved en oppsigelsessituasjon.

¹⁹ Fougner 2006 s.763

Det er også fremhevet i lovens forarbeider at tvisteløsningsnemnda skulle organiseres enklere enn alminnelig domstol, blant annet med enklere saksbehandlingsregler, jf.Ot.prp.nr.49(2004-2005) s.290. Dette kan tale imot at det bør foreligge slike formkrav.

For å oppnå lovens formål om å motvirke undersyssetning og fremme likestilling, kan det være hensiktsmessig med formkrav ved avvisning av fortrinnsretten. Dette vil sette større krav til arbeidsgiveren og gir grunnlag for at en avvisning treffes etter grundige overveielser. Reglene vil også gi nemnda et godt utgangspunkt for å vurdere om det foreligger en fortrinnsrett.

Nemndas saker gir eksempler på at arbeidsgiverens avslag på fortrinnsretten i §14-3 gis på forskjellige måter og at utgangspunktet for fristen dermed er ulik, jf. sak nr.6/2007, 12/2006 og 15/2007.

I sak nr.6/2007 fikk arbeidstakeren skriftlig avslag. Fristen begynte her å løpe fra den datoen arbeidstakeren mottok brev fra arbeidsgiveren. Brevet var blitt sendt fra arbeidsgiveren den 06.09 og ble ansett mottatt den 07.09 eller 08.09. I denne saken var det ikke nødvendig med en mer presis angivelse av mottakelsesdatoen fordi fristen var klart oversittet da arbeidstakeren sendte en epost til nemnda den 30.11.

For tilfeller der det er uklart om fristen er oversittet, kan det være en ulempe å anvende mottakelsesdatoen som utgangspunkt fordi det kan være usikkert når arbeidstakeren faktisk mottok avslaget. Men dette er i tråd med alminnelig avtalerett, samt bestemmelsen i aml.§15-4(2)2pkt. Hensynet til harmoni med disse bestemmelsene tilsier at mottakelsesdatoen bør være utgangspunktet for fristen.

Det er ikke alltid arbeidstaker mottar et skriftlig avslag, jf sak nr.12/2006. Utgangspunktet for fristen var her et drøftelsesmøte som var avholdt mellom partene etter at arbeidstaker

hadde meddelt muntlig at hun ønsket en utvidet stilling. Siden avslaget var ansett for gitt på drøftelsesmøtet, var fristen oversittet med fem dager da saken ble bragt inn for nemnda.

I sak nr.15/2007 ble søknad om fortrinnsrett ansett for avslått på det tidspunktet da en annen ble tilsatt i stillingen. I denne forbindelse ble det også gitt muntlig avslag.

Arbeidstakeren ba om en begrunnelse for avslaget et halvt år senere, og mottok en skriftlig begrunnelse fra arbeidsgiveren en måned etterpå. Det foreligger ingen plikt for arbeidsgiveren til å begrunne avslaget, jf. forskriftens §3. Utgangspunktet for fristen var derfor tidspunktet da en annen ble tilsatt i stillingen og ikke da arbeidstakeren mottok begrunnelsen for avslaget.

I en oppsigelsessituasjon foreligger det heller ingen plikt til å avgi begrunnelse, men arbeidstakeren kan kreve slike opplysninger skriftlig, jf. aml§15-4(3). Selv om arbeidsgiveren ikke er forpliktet til å avgi begrunnelse for oppsigelsen uoppfordret, kan en unnlattelse om dette oppfattes som en sterk indikasjon på at oppsigelsen ikke er saklig. Rettspraksis viser at det da foreligger en streng bevisbyrde for at en oppsigelsesgrunn har vært motiverende for oppsigelsen, jf. Rt-1997-58.²⁰

Det foreligger ingen eksempler fra nemndas praksis der unnlatt begrunnelse fra arbeidsgiveren har blitt vektlagt i vurderingen om fortrinnsrett. Arbeidsgiverens begrunnelser er av betydning for vurderingen, men begge parter gis anledning til å komme med utfyllende merknader overfor nemnda etter at tvisten er bragt inn, jf. blant annet sak nr.13/2007. Man kan derfor neppe konkludere med at dette får betydning for bevisbyrden slik som ved oppsigelsessaker.

En oppsigelse innebærer større konsekvenser for arbeidstakeren enn dersom arbeidsgiveren avviser en fortrinnsrett. Dette taler for at bevisbyrden bør være strengere ved en oppsigelse. Men en strengere bevisbyrde der arbeidsgiveren ikke begrunner avslag på fortrinnsrett, kan medføre at terskelen for å avvise en fortrinnsrett blir høyere. Lovens intensjoner om å sikre

²⁰ Jakhelln 2007. s.423

mot uønsket undersyssetting og fremme likestilling blir da ivaretatt. Gode grunner taler derfor for at arbeidsgiveren bør begrunne sitt standpunkt og at bevisbyrden bør bli noe strengere dersom begrunnelse ikke er gitt.

5.1.1.2 **Avbrytelse av fristen**

Fristen avbrytes ved at en av partene fremmer saken skriftlig overfor nemnda, jf. forskriftens §4(1). Det er anledning for begge partene å bringe saken inn for nemnda, men praksis fra nemnda viser at det er arbeidstakere som bringer saker inn for nemnda på bakgrunn av avslag om fortrinnsrett fra arbeidsgiveren.

Det er vanlig at saken fremmes ved et brev, men det er også anledning til å bruke epost, jf. blant annet sak nr.6/2007.

På arbeidstilsynets hjemmeside²¹ er det listet opp hvilke opplysninger som bør fremkomme, blant annet navn og adresse, hva tvisten gjelder, søknaden og avslaget mv. Men det foreligger ingen innholds krav, fristen i forskriftens §3(3) kan derfor avbrytes selv om saken fremmes uten disse opplysningene.

Ved avbrytelse av søksmålsfristen etter aml.§17-4 gjelder både domstolsloven og tvisteloven ved søksmål om rettigheter og plikter ”*etter denne lov*”, jf. §17-1. En sak reises ved stevning etter tvl.§9-2. Stevningen skal blant annet angi navn og adresse på partene, de krav som gjøres gjeldende, samt faktiske og rettslige begrunnelser for kravet. Disse opplysningene skal gi et forsvarlig grunnlag for å behandle saken for partene og retten, jf.tvl.§9-2(3).

Det kan spørres om det burde vært tilsvarende regler når en sak bringes inn for nemnda. Formålet bak opprettelsen av tvisteløsningsnemnda er blant annet at prosessen skal være raskere og mer smidig. Tvisteløsningsnemndas prosessuelle forhold skulle derfor

²¹ www.arbeidstilsynet.no

organiseres på en enklere måte enn domstolen, jf.Ot.prp.nr.49(2004-2005) kap.23.2.4. Dette kan tale imot at det bør foreligge innholdskrav tilsvarende tvl.§9-2.

Innholdskrav kan virke kompliserte for partene i en tvist og blant annet føre til at arbeidstakere i større utstrekning søker hjelp hos advokat. Noen av fordelene som har blitt fremhevet ved en nemndbehandling er at dette er mindre kostbart fordi man slipper å gå til advokat og starte en lang og kostbar prosess.²² Det kan være usikkert i hvilken grad disse fordelene vil bli oppfylt dersom man søker bistand for å fremme en tvistesak.

Terskelen for å fremme en sak for nemnda kan bli høyere dersom prosessen blir mer kostbar. Et av hovedformålene med opprettelsen av tvisteløsningsnemnda er at den skal ha kompetanse til å avgjøre saker der søksmålsterskelen er høy på grunn av konfliktens art og begrensede omfang,jf.Ot.prp.nr.49(2004-2005)kap.23.2.4. Dette kan også tale imot at det bør foreligge innholdskrav.

Til tross for at det ikke foreligger innholdskrav for å fremme en sak for nemnda, finner vi et eksempel fra nemnda der et advokatfirma fremmer en sak på vegne av arbeidstakeren, jf. sak nr.33/2007. Det er også eksempler på at Norsk Sykepleierforbund fremmer sak på vegne av arbeidstakeren, jf. blant annet sak nr. 26/2006, nr.27/2006 og nr.12/2007. Saken skal fremmes skriftlig og tvisten blir behandlet på grunnlag av skriftlige fremstillinger, jf. forskriftens §4. Det er derfor viktig at de skriftlige fremstillingene er gode og belyser alle relevante momenter, noe som kan være vanskelig å oppnå uten bistand. Det kan derfor være usikkert om kostnadene ved nemndsbehandlingen blir mindre kostbar uten innholdskrav.

Fordelen med innholdskrav er at nemnda ville mottatt relevante opplysninger om saken helt fra starten av. Nemnda og partene i saken vil da på en enklere måte få oversikt over de opplysningene som har betydning for avgjørelsen, og saken kan bli behandlet raskere.

²² Artikkel fra Aftenposten 25.november 2007

Opplysningene vil også gi grunnlag for en forsvarlig behandling av saken og vil gjøre det enklere for nemnda å behandle saken på en rettferdig og forsvarlig måte. Det er viktig at hensynet til forsvarlig behandling av saken samt hensynet til å oppnå materielt riktige avgjørelser blir ivaretatt. Gode grunner taler derfor for at det bør foreligge krav om at saker i nemnda fremmes med opplysninger om blant annet partenes navn og adresse, de krav som gjøres gjeldende, påstand som angir det resultat saksøkeren krever, samt faktiske og rettslige begrunnelser for kravet.

5.1.2 **Virkeområdet til bestemmelsen om fortrinnsrett for deltidsansatte**

Twisteløsningsnemnda har kompetanse til å avgjøre tvister om fortrinnsrett for deltidsansatte, jf. aml. §§14-3(4) og 17-2. Dersom nemnda ikke er kompetent til å avgjøre saken, vil den bli avvist.

I lovens forarbeider understreket departementet at en nemndløsning ikke skulle være aktuelt overfor regler som ligger innenfor Arbeidstilsynets naturlige kompetanseområde, det vil si helse, miljø og sikkerhet. Det ble heller ikke ansett som naturlig at en tvistenemnd skulle avgjøre ”den indre kjerne” av stillingsvernet, som spørsmål om en oppsigelse er gyldig eller om en midlertidig ansettelse er lovlig. Departementet mente at slike spørsmål i utgangspunktet burde overlates til domstolsbehandling, jf. Ot.prp.nr.49(2004-2005)s.290.

Lovteksten i §14-3 sonderer ikke mellom faste og midlertidige ansatte. Det kan derfor være usikkert om midlertidig ansatte som har deltidsarbeid er omfattet av fortrinnsretten etter denne bestemmelsen. Sondringen er heller ikke nevnt i lovforarbeidene.

I utgangspunktet er midlertidig ansatte omfattet av definisjonen som arbeidstaker etter aml§1-8. Dette taler for at de også er omfattet av §14-3.

Midlertidig ansatte er særskilt nevnt i fortrinnsrettbestemmelsen i §14-2(2), noe som kan tale for at ordlyden i §14-3 bør tolkes innskrenkende.

Det er kun utvalgte midlertidig ansatte som er omfattet av §14-2(2). Bestemmelsen gjelder midlertidig ansatte som ikke får fortsatt ansettelse på grunn av virksomhetens forhold og gjelder ikke for arbeidstakere i vikariat. Dette kan tilsi at bestemmelsen i §14-2(2) skal tolkes slik at dersom midlertidig ansatte skal være unntatt fra §14-3 krever dette særskilt lovregulering.

Fortrinnsretten for deltidsansatte i §14-3 har prioritet foran fortrinnsretten for midlertidig ansatte i §14-2(2), jf. aml.§14-3(3). Det vil derfor ikke harmonere godt med lovens system dersom fortrinnsrett til utvidet stilling for en midlertidig deltidsansatt ville fått prioritet foran fortrinnsrett for en midlertidig ansatt etter §14-2(2). Lovens system tilsier at midlertidig ansatte neppe kan være omfattet av §14-3. Dette synet er også lagt til grunn i juridisk teori.²³

Spørsmålet om en arbeidstaker var fast eller midlertidig ansatt kom opp i sak nr.14/2006, men saken ble avvist i nemnda. Selv om saken ikke ble realitetsbehandlet, la tvisteløsningsnemnda til grunn at det var en forutsetning for å kunne utøve fortrinnsrett etter §14-3 at den deltidsansatte var fast ansatt. Som begrunnelse for dette standpunktet viste nemnda til forholdet mellom bestemmelsene i §14-3 og fortrinnsrett til ny ansettelse i §14-2(2). Nemnda viste også til lovens forarbeider, der departementet mente at oppsagte arbeidstakere bør ha prioritet foran deltidsansatte, jf.Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s.227. Nemnda foretok en slutning ut fra lovens forarbeider om at midlertidig ansatte ikke skal være omfattet av §14-3.

Som begrunnelse for nemndas avslag ble det vist til lovens ordlyd. Nemnda gis kompetanse til å ta stilling til *"tvist som nevnt i §14-3"*, jf. aml.§17-2. Nemnda foretok en slutning ut fra lovens ordlyd om at nemnda har kompetanse til å avgjøre om betingelsene etter §14-3 er oppfylt, men ikke kompetanse til å avgjøre tvister som gjelder det underliggende ansettelsesforholdet. Dette er i tråd med departementets standpunkt i Ot.prp.nr. 49(2004-2005)s.290.

²³ Fougner 2006 s.1027

Det foreligger et eksempel fra nemnda der saken ble realitetsbehandlet, til tross for at tvisten gjaldt det underliggende ansettelsesforholdet, jf. sak nr.28/2006. I denne saken mente arbeidsgiveren at det ikke var aktuelt å tilby arbeidstaker den ledige stillingen, blant annet fordi arbeidstakeren på søknadstidspunktet var blitt oppsagt fra sin deltidsstilling.

Tvisteløsningsnemnda ga en bemerkning om at alt tydet på at arbeidsforholdet besto da saken kom inn for nemnda. Bakgrunnen for nemndas bemerkning var at arbeidstakeren tidlig hadde bestridt oppsigelsens gyldighet, og at forhandlingsmøtet etter aml. §15-11 ikke var blitt avsluttet da arbeidstaker søkte på den utlyste stillingen.

Nemnda ga ingen begrunnelse på hvorfor saken ble behandlet til tross for at det forelå tvist om det underliggende ansettelsesforholdet. Dette er i strid med departementets synspunkter om nemndas kompetanse i lovforarbeidene. Det kan spørres hvorfor en slik rettskildefaktor, som normalt må anses nokså tungtveiende, ikke ble tillagt større betydning.²⁴ Det kan derfor spørres om hvorfor nemnda realitetsbehandlet saken og hvorfor departementets synspunkter ikke ble nevnt i nemndas avgjørelse.

Årsaken kan være at nemnda mente det ikke var tvilsomt at arbeidsforholdet besto. Tvisten dreide seg i realiteten om hvorvidt samarbeidsproblemer og motsetningsforhold ga grunnlag for å avvise fortrinnsretten, og ikke spørsmålet om oppsigelsen var gyldig.

I lovens forarbeider mente departementet at det *"i utgangspunktet ikke faller naturlig"* at en nemnd avgjør spørsmål som gyldigheten av en oppsigelse, jf. Ot.prp.nr.49(2004-2005) s. 290. Lovens forarbeider åpner her for at det i visse tilfeller likevel kan være aktuelt at nemnda avgjør slike spørsmål, jf. ordene *"i utgangspunktet"*. Dette kan tale for at nemnda bør ha kompetanse til å realitetsbehandle saken dersom spørsmål av underliggende karakter ikke er ansett som tvilsomme, slik som i sak nr.28/2006.

²⁴ Om lovforarbeidenes vekt som rettskildefaktor, se Eckhoff 2001 s.72

Lovens intensjoner om at tvisteløsningsnemnda skal gi en rask og smidig behandling av tvister ble oppfylt i denne saken. Det er en fordel at nemnda realitetsbehandler tvister mens de fortsatt har aktualitet. Disse hensyn taler også for at nemnda bør ha kompetanse til å realitetsbehandle tvister som i sak nr.28/2006.

5.2 Materielle krav

Dersom arbeidstakeren er kvalifisert for stillingen og fortrinnsretten ikke innebærer vesentlige ulemper for virksomheten, er de materielle kravene for å påberope seg fortrinnsrett etter §14-3 oppfylt, jf. §14-3(2).

5.2.1 Om lag de samme arbeidsoppgavene

Den deltidsansatte har fortrinnsrett til *"utvidet stilling"*, jf. §14-3(1). Lovens ordlyd presiserer ikke hva slags arbeid den deltidsansatte kan ha fortrinnsrett til. Dette kan tilsi at dersom vilkårene i §14-3(2) er oppfylt, har den ansatte fortrinnsrett også for arbeid som er av en annen karakter enn det arbeidstakeren allerede er ansatt til.

I Innst.O.nr.100 s.44 er det presisert at *"fortrinnsretten gjelder stillinger som har om lag de samme arbeidsoppgaver som den deltidsansatte allerede utfører."* Lovforarbeidene gir bestemmelsen en snevrere betydning enn det lovens ordlyd tilsier. Dette kan virke uheldig fordi man lett kan få inntrykk av at loven gir større rettigheter enn det som er realiteten. Men løsningen er i tråd med lovens formål. Bestemmelsen skal sikre en rett til utvidet stilling, ikke en mer lukrativ stilling, jf.Ot.prp.nr.49(2004-2005)s.226.

Det kan være usikkert hva presiseringen i lovforarbeidene egentlig innebærer. Spørsmål om dette kravet var oppfylt har blitt reist av nemnda i to ulike saker, jf sak nr.14/2007 og nr. 33/2007.

Sak nr.14/2007 gjaldt fortrinnsrett til en utlyst vaktmesterstilling. Nemndas medlemmer hadde ulike utgangspunkt for vurderingen i denne saken. Flertallet tok utgangspunkt i søknadstidspunktet. På dette tidspunktet hadde arbeidstakeren stilling som medarbeider i en

postavdeling. Mindretallet tok på sin side utgangspunkt i den vaktmesterstillingen arbeidstakeren tidligere hadde hatt. På bakgrunn av ulike utgangspunkter i vurderingen, var det bare flertallet som bemerket at det kunne reises spørsmål om §14-3 kom til anvendelse. Spørsmålet ble imidlertid ikke nærmere vurdert fordi flertallet mente at kvalifikasjonskravet ikke var oppfylt.

Sak nr. 33/2007 gjaldt fortrinnsrett til en seniorsekretærstilling. Et av de særskilt oppnevnte medlemmene mente at den utlyste stillingen ikke innebar "*om lag de samme arbeidsoppgavene*" som den deltidsansatte allerede utførte. Den nye stillingen innebar blant annet publikumskontakt og bruk av politiets datasystemer i den hensikt å bistå operasjonssentralen med opplysninger fra ulike registre. Arbeidstakeren hadde en konsulentstilling som ikke inneholdt slike arbeidsoppgaver.

I begge disse sakene var det tvist om kvalifikasjonskravet var oppfylt. Dette illustrerer tilknytningen mellom kvalifikasjonskravet og spørsmålet om den utlyste stillingen innebærer "*om lag de samme arbeidsoppgavene*". Ved kvalifikasjonsvurderingen tas det blant annet utgangspunkt i den utlyste stillingen for å avgjøre hvilke kvalifikasjonskrav som foreligger. Hvis den utlyste stillingen har tilsvarende arbeidsoppgaver som arbeidstakeren allerede har i sin nåværende stilling, kan dette være en presumsjon for at arbeidstakeren er kvalifisert til stillingen. Dersom ikke kravet hadde vært understreket i lovens forarbeider, kunne dette virket unødvendig fordi det er et moment som likevel inngår i kvalifikasjonsvurderingen.

Siden kravet er understreket i lovforarbeidene og er i tråd med bestemmelsens formål, skal kravet anses som et eget vilkår for fortrinnsretten og ikke bare et moment i kvalifikasjonsvurderingen. Dette innebærer at dersom arbeidsoppgavene i den nye stillingen skiller seg fra de i den nåværende stillingen, kan ikke fortrinnsrett til utvidet stilling påberopes.

5.2.2 Kvalifikasjonskravet

”Fortrinnsretten er betinget av at arbeidstaker er kvalifisert for stillingen..” jf. §14-3(2) første alternativ. Lovens ordlyd gir ingen veiledning om hva kravet innebærer eller hvilke momenter som kan være relevante i vurderingen.

Etter lovforarbeidene skal kvalifikasjonskravet forstås på samme måte som tilsvarende begrep i §14-2. Dette innebærer at ved vurderingen av om en arbeidstaker er kvalifisert for stillingen er det naturlig å ta hensyn til både faglige og personlige forutsetninger. Og det kreves ikke at faglige og personlige forutsetninger må ligge på et høyere nivå enn det som må anses som normal eller gjennomsnittlig for vedkommende stilling, jf. Ot.prp.nr. 49(2004-2005) kap.17.1.1. Arbeidsgiver kan med andre ord ikke unnlate å ansette en fortrinnsberettiget fordi det er mulig å få ansatt en som er bedre kvalifisert.

Siden kvalifikasjonskravet i §14-3 skal forstås på tilsvarende måte som kvalifikasjonskravet i §14-2, kan rettspraksis om fortrinnsrett til ny ansettelse i §14-2 gi veiledning om hvilke momenter som er relevante, jf. blant annet Rt-2003-1754.

I Rt-2003-1754 var det spørsmål om en arbeidsgiver kunne vektlegge arbeidstakerens alder ved vurderingen av om den oppsagte var *”skikket”* til stillingen etter gml.aml.§67, tilsvarende aml.§14-2. Dommen ble avsagt med dissens. På grunn av spesielle trekk ved den nye stillingen mente flertallet at den oppsattes alder var til hinder for at han kunne anses som *”skikket”*. Mindretallet mente at normen for å stenge en arbeidstaker ute fra fortrinnsretten burde ligge nær normen for oppsigelse begrunnet i arbeidstakerens eget forhold og at fortrinnsretten derfor ikke var avskåret.

Det var imidlertid enighet om at personlige egenskaper som har betydning for hvordan arbeidstakeren utfører sine egne arbeidsoppgaver, så som lederens evner til å motivere medarbeidere eller en selgers overtalelsesevner, må inngå i kvalifikasjonsvurderingen. Men også personlige egenskaper utover dette kan tas i betraktning, så som samarbeidsvansker eller dersom arbeidstakeren skaper et dårlig arbeidsmiljø.

Etter lovforarbeidene og rettspraksis er det mange momenter som kan være relevante ved kvalifikasjonsvurderingen. Nemndas vedtak illustrerer også dette, jf. blant annet sak nr. 9/2007. Det tas her utgangspunkt i lovens ordlyd og lovens forarbeider, og på bakgrunn av dette foretar nemnda en konkret og skjønsmessig vurdering der flere momenter avveies mot hverandre.

5.2.2.1 **Utlysningsteksten**

Utlysningsteksten er et relevant moment i kvalifikasjonsvurderingen. Utlysningen er skrevet av arbeidsgiveren selv, og gir uttrykk for hvilke kvalifikasjoner arbeidsgiveren er ute etter. I sak nr. 9/2007 bemerket nemnda at det avgjørende for kvalifikasjonskravet er *”om søkerens kvalifikasjoner isolert sett tilfredstiller de krav som knytter seg til stillingen. Dette beror på en konkret vurdering hvor arbeidstakerens faglige og personlige forutsetninger, vurdert opp mot blant annet utlysningsteksten for stillingen, vil være relevant.”*

Det foreligger både hensyn for og imot å gi formuleringene i utlysningsteksten betydelig vekt.

Utlysningsteksten har betydning for hvilke lønns- og arbeidsvilkår som fastsettes i en arbeidsavtale, og teksten angir ofte de kriterier som skal legges til grunn ved bedømmelsen av søkerne. Utlysningsteksten bør være dekkende og hensiktsmessig, ellers kan man risikere at arbeidssøkere ikke søker de stillingene de er kvalifisert til.²⁵ Siden utlysningsteksten er såpass sentral ved en arbeidsavtale, taler dette for at utlysningsteksten er et naturlige utgangspunkt i kvalifikasjonsvurderingen.

Hensynet til arbeidstakerens forutberegnelighet taler også for at utlysningsteksten bør gis betydelig vekt. Det kan være uheldig dersom arbeidsgiver definerer kvalifikasjonskravene i etterkant. Det blir da vanskeligere for arbeidstakeren å vite hva som faktisk kreves til en stilling, og det kan bli lettere for en arbeidsgiver å omgå fortrinnsretten. Dette er ikke

²⁵ Jakhelln 2007 s.208

heldig dersom lovens intensjoner om å sikre mot undersyssetting og fremme likestilling skal bli oppfylt, jf.Ot.prp.nr.49(2004-2005)kap.17.2.6.

Hensyn som kan tale imot å gi utlysningsteksten betydelig vekt, er at vurderingen kan bli noe snever. Utllysningsteksten kan ikke angi alle kvalifikasjonskrav som forutsettes til stillingen. Det kan være en ulempe for arbeidsgiver dersom teksten begrenser adgangen til å foreta en helhetsvurdering om arbeidstakeren er ansett for skikket til den utlyste stillingen. Dersom en utlysningstekst skulle angi alle kvalifikasjoner som er relevante ville teksten også bli uforholdsmessig lang.

Saklighetskravet og likebehandlingskravet får anvendelse i en ansettelsesprosess fordi dette er generelle arbeidsrettslige prinsipper som gjelder alle de beslutninger arbeidsgiveren foretar. Likebehandlingskravet innebærer vern mot diskriminering, jf. blant annet aml.kap. 13, og sees som en integrert del av et mer omfattende saklighetskrav. Saklighetskravet innebærer at det stilles visse krav til saksbehandlingen ved alle beslutninger arbeidsgiver treffer og at beslutningene ikke må være vilkårlige eller basere seg på utenforliggende hensyn.²⁶ Dette kan tale for at arbeidsgiveren uavhengig av utlysningsteksten fritt bør kunne vurdere om arbeidstakeren er kvalifisert, sålenge vurderingene er innenfor disse rammene.

Arbeidsgiveren har også ofte et godt grunnlag til å vurdere hvilke kvalifikasjonskrav som forutsettes til en stilling og hva virksomheten har behov for. Dette kan tale for at nemnda bør være tilbakeholden med å overprøve arbeidsgiverens vurderinger. Dette er i tråd med flertallets standpunkt i sak nr.14/2007 og nr.33/2007.

I sak nr.14/2007 mente arbeidsgiveren blant annet at arbeidstakeren verken var faglig eller personlig kvalifisert til en vaktmesterstilling, blant annet fordi stillingen var mer krevende enn hans nåværende stilling i postavdelingen og hans tidligere vaktmesterstilling.

²⁶ Jakhelln 2007 s.50

Nemndas flertall, som besto av en varaleder, de faste medlemmene fra NHO og LO og et særskilt oppnevnt medlem fra Finansnæringens arbeidsgiverforening, tok utgangspunkt i virksomhetens behov og mente at man ikke bare kunne se hen til utlysningsteksten. Det ble ikke gitt noen begrunnelse for dette standpunktet. Flertallet i denne saken ga arbeidsgiver stor frihet til å stille de kvalifikasjonskrav han ønsket, med kun den begrensningen at dette må holdes *”innenfor lovens ramme”*. Medlemmene vektla at stillingen fremsto som krevende og langt mer omfattende enn den vaktmesterstillingen han tidligere hadde hatt. Kvalifikasjonene som krevdes til stillingen var derfor ikke ansett som tilstrekkelig sannsynliggjort for arbeidstakerens vedkommende.

Mindretallet, som besto av et særskilt oppnevnt medlem fra Handel og Kontor, vektla utlysningsteksten i sin vurdering og mente at arbeidsgiveren ikke i etterkant kunne utforme kvalifikasjonskravene. Det gis ingen ytterligere begrunnelser for dette standpunktet, men hensynet til forutberegnelighet og omgåelsesbetraktninger kan tilsi at man bør gi utlysningsteksten betydelig vekt.

I sak nr. 33/2007 påberopte en konsulent med deltidsstilling ved seksjon for kriminalvakt i et politidistrikt fortrinnsrett til en stilling som seniorsekretær. Ved spørsmålet om kvalifikasjonskravet var oppfylt delte nemnda seg i et flertall og mindretall.

Flertallet, som besto av nemndas leder og medlemmene fra NHO og LO, mente at det ikke forelå grunnlag for å overprøve arbeidsgiverens kvalifikasjonsvurdering. Begrunnelsen for dette var at saksbehandlingen hos arbeidsgiveren fremsto som tilstrekkelig god og det forelå ingen indikasjoner på at utenforliggende hensyn var blitt trukket inn i vurderingen. Arbeidstakeren kunne derfor ikke påberope seg fortrinnsrett.

Et særskilt oppnevnt medlem fra personalforvaltningen kom frem til samme resultat som flertallet, men mente at fortrinnsretten ikke kunne gjøres gjeldende fordi stillingen ikke innebar *”om lag de samme arbeidsoppgavene”*, se avsnitt 5.2.1.

Mindretallet, som besto av et særskilt oppnevnt medlem fra Politiets Fellesforbund, tok utgangspunkt i utlysningsteksten i sin vurdering. Arbeidsgiveren hadde blant annet anført at arbeidstakeren ikke ville klare komplekse operasjoner knyttet til søk i politiets datasystemer. Det hadde ikke stått noe om disse komplekse oppgavene i utlysningsteksten. På samme måte som mindretallet i sak nr.14/2007, mente medlemmet at kvalifikasjonskravene må fremgå av utlysningsteksten og ikke bli utformet i etterkant. Mindretallet la også vekt på at arbeidstakeren hadde 12 års erfaring og hadde opparbeidet seg kunnskap om etaten og menneskene som jobbet der.

I denne saken hadde arbeidsgiveren blant annet anført at arbeidstakeren var ukonsentrert og nærtagende, og at feilprosenten hadde vært større enn hva den burde være. Dette er personlige forutsetninger som er relevante i kvalifikasjonsvurderingen, jf.Rt-2003-1754. Ifølge mindretallet var ikke disse negative egenskapene tilstrekkelig sannsynliggjort, og omstendighetene rundt dette var ikke var tilstrekkelig belyst. Omstendighetene kan ha betydning fordi dette kan angi hvor langvarige problemene er og dermed i hvilken grad momentene bør vektlegges. Mindretallet mente at de negative momentene var av forbigående art og at de ikke burde vektlegges fordi datteren til arbeidstakeren hadde hatt en alvorlig sykdom.

Denne tvisten er nå bragt inn for domstolene av arbeidstakeren.²⁷ Dersom domstolen behandler saken, gjenstår det å se om domstolen vil være tilbakeholdne med å overprøve arbeidsgiverens vurderinger eller om andre momenter vektlegges. Siden nemndas medlemmer i denne saken var såpass uenige om hvilke momenter som burde vektlegges, kan det være fordel at domstolsbehandlingen er basert på muntlighetsprinsippet. Alle nyansene i saken som vil være av betydning for avgjørelsen kan da bli belyst på en bedre måte. Det kan tale for at det er mer hensiktsmessig med domstolsbehandling for saker der det er usikkert hvilke vekt utlysningsteksten bør ha og om kvalifikasjonskravet er oppfylt.

²⁷ Kroken. Veiledning 29.01.08

5.2.2.2 Virksomhetens behov

Hva som er virksomhetens behov er et moment som har relevans og som i noen tilfeller har blitt tillagt betydelig vekt i nemndas vedtak, jf. sak nr.9/2006 og flertallet i sak nr.14/2007.

Hensyn som taler for å vektlegge dette momentet, er at det er arbeidsgiverens utlysning av en stilling og dermed arbeidsgiverens behov for ny arbeidskraft som utløser fortrinnsretten. Man bør derfor vektlegge de kvalifikasjoner virksomheten faktisk har behov for. Ved å gi virksomhetens behov betydelig vekt kan også vurderingene bli bedre tilpasset den konkrete stillingen. Arbeidsgiverens vurderinger vil også være begrenset av saklighetskravet og likebehandlingskravet, noe som kan tale for at arbeidsgiverens vurderinger om virksomhetens behov innenfor disse rammene bør ha betydelig vekt.

Hensyn som kan tale imot å vektlegge dette, er at det kan være usikkert hva som er virksomhetens egentlige behov. Dersom kvalifikasjonskravene ikke fremgår klart av utlysningsteksten, er det vanskelig for deltidsansatte å forutberegne sine rettigheter. Fortrinnsretten kan miste sin realitet dersom arbeidsgiver lett kan påberope seg virksomhetens behov som grunnlag for avvisning av fortrinnsretten. Lovens formål om å sikre mot undersysselsetting og fremme likestilling blir da ikke oppfylt.

Sak nr.9/2006 gjaldt spørsmålet om en journalist var ansett som kvalifisert til å påberope seg fortrinnsrett til tre ulike journaliststillinger. Nemnda mente at det avgjørende for vurderingen var hvilke kvalifikasjoner som var nødvendige for å dekke virksomhetens behov. I denne sammenhengen mente nemnda at arbeidsgiveren står fritt til å stille de kvalifikasjonskrav som han ønsker, innenfor rammen av det som ikke må anses som diskriminerende. Dette standpunktet ble ikke nærmere begrunnet i nemndas vedtak.

En av stillingene var en vaksjefstilling, og på bakgrunn av arbeidsgiverens forklaringer mente nemnda at arbeidstakeren ikke oppfylte den tekniske kompetansen som stillingen krevde. De to andre midlertidige stillingene ble besatt av journalister med høyskoleutdanning, relevant erfaring og riktig alder. Disse hensynene var ikke ansett som

utenforliggende og nemnda la derfor arbeidsgiverens vurderinger til grunn. I likhet med flertallet i sak nr.33/2007 og nr.14/2007 var nemnda tilbakeholden med å overprøve arbeidsgiverens kvalifikasjonsvurdering.

Det er ikke nødvendigvis en motsetning mellom å vektlegge utlysningsteksten og virksomhetens behov. Men der utlysningsteksten gis betydelig vekt har arbeidsgiverens vurderinger også blitt overprøvd, jf. mindretallet i sak nr. 33/2007 og 14/2007. Flertallet i sak nr. 14/2007 vektla virksomhetens behov, og både i sak nr. 33/2007 og 14/2007 var flertallet tilbakeholdne med å overprøve arbeidsgiverens vurderinger fordi saksbehandlingen fremsto som tilstrekkelig god.

Det kan både være fordeler og ulemper ved å være tilbakeholden med å overprøve arbeidsgiverens kvalifikasjonsvurdering.

Arbeidsgiver har ofte gode forutsetninger for å vurdere om arbeidstakeren har de faglige og personlige kvalifikasjoner som en stilling forutsetter. Og som nevnt får likebehandlings- og saklighetskravene anvendelse ved vurderingen, fordi dette er ansett som alminnelige arbeidsrettslige prinsipper. Dette taler for at nemnda bør være tilbakeholdne med å overprøve sålenge vurderingene arbeidsgiver foretar er innenfor disse rammene.

Ved den konkrete vurderingen i en ansettelsesprosess om hvilken søker som er best egnet til en stilling vil domstolen ikke kunne etterprøve dette.²⁸ Dette kan tilsi at man bør være tilbakeholdne med å overprøve arbeidsgiverens vurderinger i forhold til kvalifikasjonskravet i §14-3.

Det er viktig at nemnda foretar en grundig prøvelse av arbeidsgiverens vurderinger slik at fortrinnsretten har realitet for de ansatte. Situasjonen ved fortrinnsretten i §14-3 er også annerledes enn ved en alminnelig ansettelsesprosess. Ved en ansettelsesprosess skal arbeidsgiveren finne den som er best egnet til stillingen og ikke kun vurdere om en søker er

²⁸ Jakhelln 2007 s.217

kvalifisert eller ikke. Dersom en arbeidstaker er kvalifisert, innebærer dette en plikt for arbeidsgiveren til å ansette den fortrinnsberettigede fremfor ny ansettelse. I tillegg til likebehandlings- og saklighetskravet er fortrinnsretten derfor en ytterligere begrensning for arbeidsgiverens styringsrett,²⁹ fordi den griper inn i arbeidsgiverens rett til å avgjøre hvem som skal ansettes. Dette tilsier at nemnda bør kunne overprøve arbeidsgiverens kvalifikasjonsvurdering i større grad enn arbeidsgiverens vurderinger ved en ansettelsesprosess av eksterne søkere til en utlyst stilling.

5.2.2.3 Samarbeidsproblemer og motsetningsforhold

Samarbeidsproblemer og motsetningsforhold er momenter som har blitt tillagt vekt i nemndas avgjørelser, jf. sak nr.28/2006. Dette er i tråd med standpunktet fastsatt i rettspraksis, jf. Rt-2003-1754. I denne dommen var det enighet om at verken ordlyden i gml.aml.§67 eller formålet med bestemmelsen talte imot at slike momenter kunne tillegges vekt.

Hensyn som kan tale for å gi disse momentene vekt, er blant annet at arbeidsgiveren har en plikt til å sørge for at arbeidsmiljøet er fullt forsvarlig, jf. aml§§4-1 og 2-1. Loven likestiller fysiske og psykiske arbeidsmiljøforhold, og det er klart at samarbeidsproblemer og motsetningsforhold kan ha negativ innvirkning på det psykiske arbeidsmiljøet i en virksomhet.

Arbeidsmiljøloven skal sikre ”full trygghet” mot skadevirkninger, jf.aml§1-1. Det er i prinsippet umulig å oppnå full sikkerhet, men det er et mål som man skal strebe mot.³⁰ Lovens formålsbestemmelse skal gi veiledning og er en faktor ved lovtolkning. Gode grunner taler dermed for at man bør vektlegge momenter som har betydning for det psykiske arbeidsmiljøet.

²⁹ Arbeidsgiverens styringsrett er tradisjonelt definert som retten til å lede, fordele og kontrollere arbeidet, samt retten til å inngå arbeidsavtaler og bringe dem til opphør. Jakhelln 2007 s.48

³⁰ NOU 2004:5 kap. 9.3

Det kan være uklart hvem som faktisk skaper motsetningsforholdene. Dette taler imot at disse momentene gis betydelig vekt. Samarbeidsproblemer innebærer en dynamikk. Det er flere parter som påvirker hverandre og det skjer en vekselvirkning av hvordan arbeidstakerne opptrer på. Mellommenneskelige relasjoner er også mindre egnet til å bli regulert, fordi slike relasjoner baserer seg i stor grad på uskrevne sosiale normer og er avhengig av den enkeltes personlighet.³¹

Samarbeidsproblemer og motsetningsforhold er diffuse og uklare momenter. Det kan derfor være vanskelig å bevise at momentene foreligger og hvem som egentlig skaper problemene. Dersom arbeidsgiveren kan påberope seg disse momentene uten at de er tilstrekkelig bevist, vil fortrinnsretten miste sin realitet. Lovens formål om å sikre mot undersysselsetting og fremme likestilling blir da ikke oppfylt. Dette taler imot at momentene gis betydelig vekt.

Tvisteløsningsnemnda behandler saker på bakgrunn av skriftlige fremstillinger, jf. forskriftens §4(2). Det kan være lettere å få frem alle nyanser i en sak med muntlig domstolsbehandling der retten blant annet har anledning til å krysseksaminere partene i saken og avhøre vitner. Dette kan tale for at nemnda ikke bør gi momentene stor vekt i sine vurderinger.

I sak nr.28/2006 var det en lege med deltidstilling i kommunen som ønsket fortrinnsrett til en fulltidsstilling som kommunelege. Arbeidsgiveren mente at det ikke var aktuelt å tilby arbeidstakeren den ledige stillingen, prinsipalt fordi arbeidstakeren på søknadstidspunktet var blitt oppsagt fra sin deltidstilling i kommunen og subsidiært fordi det forelå langvarige og vedvarende samarbeidsproblemer mellom arbeidstakeren og kommunens administrasjon samt andre ansatte.

³¹ Jakhelln 2007 kap.6.7

Det er en forutsetning for å påberope seg fortrinnsrett at arbeidstakeren er en deltidsansatt med fast stilling, se avsnitt 5.1.2. Tvisteløsningsnemnda mente i denne saken at arbeidsforholdet besto da den ansatte påberopte fortrinnsrett.

Motsetningsforhold og samarbeidsproblemer var ansett som relevante momenter av nemnda. I denne saken innebar den nye stillingen i større grad administrative oppgaver og oppfølging av kommunenes helsepolitikk enn deltidsstillingen. Dette medførte at det ble stilt høyere krav til legens samarbeidsvilje med kommunen. Etter nemndas oppfatning var det arbeidstakerens håndtering av uenigheter som var den motiverende årsaken til problemene. Motsetningsforholdet ville etter all sannsynlighet også være vedvarende. På bakgrunn av disse momentene fikk ikke arbeidstakeren medhold i sitt krav om fortrinnsrett.

Denne saken illustrerer at samarbeidsproblemer og motsetningsforhold får betydelig vekt dersom stillingen forutsetter høy grad av samarbeid. Hva som er den medvirkende årsaken til problemene og om dette er et problem av vedvarende karakter er også av betydning for hvilken vekt momentene bør tillegges.

Manglende samarbeidsevne kan også være saklig oppsigelsesgrunn etter aml. §15-7, selv om samarbeidsvansker ikke nødvendigvis bare skyldes arbeidstakeren, men kan også skyldes andre ansatte eller arbeidsgiveren selv. Men det kreves at problemene har en slik betydning for arbeidsforholdet at det rettslig sett er rimelig at dette bør lede til opphør av arbeidsforholdet. Bestemmelsen i §15-7 bygger på prinsippet om individuell saklighet, det vil si at saklighetsvurderingen må skje i forhold til den enkelte arbeidstakeren. Kravet gir også rom for en skjønnsmessig vurdering.³²

Nemnda skal også foreta en individuell og konkret skjønnsmessig vurdering i forbindelse med kvalifikasjonskravet i §14-3. I likhet med saklighetskravet i §15-7 kan arbeidsgiveren ikke avvise en arbeidstaker fordi arbeidsgiveren kan få en bedre kvalifisert person til stillingen. Det avgjørende er om arbeidet kan utføres på en tilfredstillende måte. Dette var

³² Jakhelln 2007 s. 429

ikke ansett som oppfylt i sak nr.28/2006, blant annet fordi stillingen forutsatte høy grad av samarbeid.

5.2.2.4 Lokal tilknytning

Et moment som kan være relevant, er om arbeidstakeren har lokal tilknytning til arbeidsstedet, jf. sak nr.18/2006.

I sak nr.18/2006 mente arbeidsgiveren at en sykepleier med deltidsstilling som krevde fortrinnsrett ikke hadde de nødvendige kvalifikasjoner til den utlyste stillingen, blant annet fordi hun kom fra et annet distrikt i kommunen.

Utførelsen av den aktuelle stillingen var ikke betinget av lokal kunnskap sett hen til stillingens art og innhold. Momentet om lokal tilknytning ble derfor ikke vektlagt. Nemnda hadde forståelse for at lokal tilknytning ville gi fordeler som økt kontinuitet og økt kunnskap om den enkelte bruker av kommunens helsetilbud. Men sykepleieren hadde erfaring og formell kompetanse. Arbeidsoppgavene kunne utføres på en tilfredstillende måte selv om hun kom fra et annet distrikt.

Saken i nemnda kan sammenlignes med domstolens vurdering i Rt-2000-1800.

Arbeidsgiver hadde i denne saken fastsatt som vilkår for ansettelse av en engasjementssjef i en bank at arbeidstakeren bosatte seg i Averøy kommune. Begrunnelsen for dette var behovet for lokalkunnskap om næringslivet og for kontakter i nærmiljøet. Domstolen ønsket ikke å sette til side arbeidsgiverens vurdering i denne saken. Begrunnelsen for dette var at vilkåret ble ansett som særlig viktig i relasjon til stillingen. Vilkåret var også blitt klart presisert ved utlysningen.

I motsetning til Rt-2000-1800, tilsa ikke stillingens karakter i sak nr.18/2006 at arbeidstakeren måtte være bosatt et bestemt sted. Dette var heller ikke et klart presisert vilkår fra arbeidsgiveren da stillingene ble utlyst. Dersom lokal tilknytning er nødvendig for å kunne utføre arbeidsoppgavene på en tilfredstillende måte, må dette anse som et

saklig moment med betydelig vekt ved kvalifikasjonsvurderingen. Det virker også mindre urimelig å vektlegge dette momentet dersom kravet er klart presisert ved utlysningen av stillingen.

5.2.2.5 Helsemessige forhold

Helsemessige forhold er et moment som kan være relevant i kvalifikasjonsvurderingen, jf. sak nr.5/2007 og nr.14/2007. Momentet kan også få betydelig vekt, jf. flertallet i sak nr. 14/2007.

Etter aml. §9-3 kan en arbeidsgiver i en ansettelsesprosess bare be om de helseopplysningene som er nødvendige for å utføre stillingens arbeidsoppgaver. Med helseopplysninger menes alle opplysninger som kan beskrive en persons nåværende og mulige fremtidige psykiske og fysiske helsetilstand, jf. NOU 2004:5 s.425. Formålet med bestemmelsen er å hindre at arbeidsgiveren sorterer ut arbeidssøkere med helseproblemer, og bestemmelsen har sammenheng med prinsippet om inkluderende arbeidsliv, jf. aml. § 1-1 e. Det er antatt i teorien at arbeidsgiveren heller ikke har anledning til å vektlegge ytterligere opplysninger enn de som er nødvendige for stillingen.³³

Prinsippet om inkluderende arbeidsliv er et generelt prinsipp i arbeidsmiljøloven³⁴, og gjelder derfor også i forhold til fortrinnsretten i §14-3. Dette taler for at arbeidsgiveren ikke har anledning til å vektlegge ytterligere opplysninger ved kvalifikasjonsvurderingen enn de man kan kreve etter §9-3. I Ot.prp. nr.49(2004-2005) kap.17.1.4 er det også presisert at det ikke kreves at faglige og personlige forutsetninger må ligge på et høyere nivå enn det som må anses som normalt eller gjennomsnittlig for vedkommende stilling.

I sak nr.5/2007 hadde en deltidsansatt sykepleier søkt på ulike stillinger i kommunen med henblikk på utvidet stilling. Arbeidstakeren hadde tidligere skadet ryggen under utførelsen av tjenesten, og hadde derfor blitt langvarig sykmeldt. Arbeidsgiveren hadde gitt avslag på

³³ Jakhelln 2007 s.204

³⁴ NOU 2004:5 kap.9

fortrinnsretten og mente blant annet at arbeidstakeren av helsemessige årsaker ikke kunne anses som skikket til å gå inn i en utvidet stilling.

Nemnda bemerket i denne saken at helsemessige årsaker kan være et relevant moment ved kvalifikasjonsvurderingen. Men etter nemndas oppfatning forelå det ikke tilstrekkelige opplysninger om arbeidstakers helsetilstand og arbeidsevne for å kunne vurdere om arbeidstakeren hadde god nok helse til å arbeide i utvidet stilling. På bakgrunn av dette ble ikke momentet vektlagt.

I sak nr. 14/2007 krevde arbeidstakeren fortrinnsrett til en vaktmesterstilling. Arbeidstakeren hadde tidligere vært ansatt som vaktmester, men som følge av sykdom hadde han fått innvilget 50% uføretrygd og blitt innplassert i ny stilling hos arbeidsgiveren. I denne saken delte nemnda seg i et flertall og et mindretall ved spørsmålet om kvalifikasjonskravet var oppfylt.

Flertallet vektla virksomhetens behov og mente at stillingen fremsto som mer krevende enn den tidligere vaktmesterstillingen arbeidstaker hadde hatt. Nemndas medlemmer mente derfor at arbeidstaker ikke i tilstrekkelig grad hadde sannsynliggjort at han oppfylte kravene til effektivitet og til ledelse- og koordineringsevner som stillingen krevde. Arbeidstakerens helsemessige forhold fikk betydelig vekt i flertallets vurdering.

Mindretallet tok utgangspunkt i utlysningsteksten ved sin vurdering. På bakgrunn av dette mente mindretallet at den utlyste stillingen ikke krevde andre kvalifikasjoner enn de arbeidstakeren hadde. Arbeidstakerens helsemessige forhold ble derfor ikke vektlagt.

De ulike utgangspunktene som flertallet og mindretallet hadde for kvalifikasjonsvurderingen i sak nr. 14/2007 illustrerer at vekten av de helsemessige forhold avhenger av hvor krevende stillingen antas å være.

Dersom en stilling anses som krevende bør helsemessige forhold få betydelig vekt fordi dette vil være av betydning om hvorvidt arbeidstakeren kan utføre arbeidsoppgavene på en tilfredstillende måte. Helsemessige forhold utover dette bør ikke tillegges vekt ved kvalifikasjonsvurderingen. Det bør også foreligge tilstrekkelige opplysninger om arbeidstakerens helsetilstand dersom dette momentet skal vektlegges, jf. sak nr.5/2007.

5.2.2.6 Alder

Alder er et moment som etter rettspraksis om fortrinnsrett etter §14-2 er ansett som relevant og som har blitt vektlagt, jf. Rt-2003-1754. I denne dommen var den utlyste stillingen en opplæringsstilling med sikte på unge og nyutdannede. På grunn av det spesielle trekket ved den aktuelle stillingen, mente flertallet i denne dommen at alderen var til hinder for å påberope seg fortrinnsrett. Avgjørelsen har overføringsverdi for §14-3, se avsnitt 5.2.2.

I sak nr. 9/2006 var det utlyst tre ulike journaliststillinger til en avis som hadde behov for unge medarbeidere med god kunnskap til ungdomskulturen, for å nå frem til denne gruppe lesere. I denne saken bemerket nemnda at *"det fremstår som et saklig forutsetning i denne sammenheng å vektlegge arbeidsstokkens alderssammensetning"*. Arbeidsgiveren hadde vektlagt arbeidstakerens utdanning, erfaring og alder, og nemnda kunne ikke se at arbeidsgiveren hadde tatt utenforliggende hensyn i sin vurdering. Arbeidstakeren fikk derfor ikke medhold i sitt krav om fortrinnsrett.

Både i Rt-2003-1754 og i sak nr.9/2006 var det spesielle trekk ved stillingen som gjorde at alder var et moment som arbeidsgiver kunne vektlegge i kvalifikasjonsvurderingen. Dette tilsier at aldersmomentet i utgangspunktet skal ha liten vekt, med mindre det foreligger særlige forhold ved stillingen som tilsier noe annet.

Ingen av disse sakene hadde aldersdiskriminering som tema, noe som kan være et motargument for å vektlegge aldersmomentet. Både direkte og indirekte diskriminering på grunn av alder er forbudt etter aml.§13-1, og etter aml.§13-3(2) er forskjellsbehandling på grunn av alder bare tillatt dersom det *"er nødvendig for å oppnå et saklig formål og som ikke er uforholdsmessig inngripende overfor den eller de som forskjellsbehandles"*.

Både i Rt-2003-1754 og i sak nr.9/2006 ble avvisning av fortrinnsretten på grunn av alder begrunnet med de konkrete forholdene ved stillingen. Dette tilsier at formålet med forskjellsbehandlingen var saklig, samt hensiktsmessig og nødvendig for at arbeidsoppgavene til de konkrete stillingene kunne utføres på en tilfredstillende måte.

5.2.2.7 Oppsummering av kvalifikasjonsvurderingen

Det er flere momenter som er relevante nemndas avgjørelser, men en tendens man kan spore er at virksomhetens behov i flere saker tillegges betydelig vekt og at nemnda er tilbakeholden med å overprøve arbeidsgiverens kvalifikasjonsvurdering, jf. sak nr. 9/2006 og flertallet i sak nr.33/2007 og nr.14/2007.

For de fleste sakene i nemnda der tvisten gjelder kvalifikasjonsvurderingen, får ikke arbeidstakeren medhold i sitt krav om fortrinnsrett. Dette kan tilsi at lovens intensjoner om å sikre mot undersysselsetting og fremme likestilling ikke blir oppfylt.

Lovens formål blir heller ikke fremhevet i nemndas vedtak, jf. blant annet sak nr.33/2007. Nemnda viser her til lovens forarbeider om hvilke momenter det kan tas hensyn til i vurderingen, men går ikke inn på lovgivers intensjoner bak bestemmelsen om fortrinnsrett i sin vurdering. Dette kan også tale imot at lovens intensjoner om å sikre mot undersysselsetting og fremme likestilling blir oppfylt.

Det kan spørres om hvem som har bevisbyrden ved kvalifikasjonsvurderingen. I sak nr. 9/2007 bemerker nemnda at ” *det må stilles krav til arbeidsgivers begrunnelse og dokumentasjon når den legger til grunn at fortrinnsretten ikke utløses som følge av manglende kvalifikasjoner hos søkeren*”. Det var med andre ord arbeidsgiveren som hadde bevisbyrden i denne saken, og som måtte dokumentere at arbeidstakeren ikke var kvalifisert. Arbeidsgiverens bevisbyrde kan tilsi at lovens intensjoner om å sikre mot undersysselsetting likevel blir oppfylt, selv om nemnda ikke viser til lovens intensjoner ved sin kvalifikasjonsvurdering.

Arbeidsgiverens bevisbyrde i sak nr.9/2007 illustrerer også tilknytningen mellom kvalifikasjonskravet og spørsmålet om den utlyste stillingen innebærer ”om lag de samme arbeidsoppgavene”, jf. Innst.O.nr.100 s.44. Dersom den deltidsansatte har en stilling med tilsvarende arbeidsoppgaver som den nye utlyste stillingen, er dette en presumsjon for at kvalifikasjonskravet er oppfylt. Arbeidsgiveren bør derfor ha bevisbyrden dersom det fremmes en påstand om at arbeidstakeren ikke er kvalifisert.

I sak nr.14/2007 kom flertallet frem til at kvalifikasjonene ikke var tilstrekkelig sannsynliggjort for arbeidstakerens vedkommende. Her fikk arbeidstakeren bevisbyrden for at han hadde de kvalifikasjonene stillingen krevde. Flertallet begrunner ikke dette standpunktet. Årsaken til at arbeidstakeren hadde bevisbyrden kan forklares med at flertallet mente den utlyste stillingen var mer omfattende enn den vaktmesterstillingen arbeidstakeren tidligere hadde hatt. Siden den utlyste stillingen var mer omfattende, kan dette være en presumsjon for at kvalifikasjonskravet ikke er oppfylt. Arbeidstakeren bør derfor ha bevisbyrden for at kvalifikasjonskravet likevel er oppfylt.

I lovens forarbeider fremhevet departementet at det var en klar forutsetning med en partssammensatt nemnd fordi dette kan ivareta hensynet til partenes innflytelse og eierskap til sakene, jf.Ot.prp(2004-2005)s.292. Selv om medlemmenes tilknytning til partene i utgangspunktet ikke skal ha noen betydning for hvordan tvister skal løses, kan man likevel antyde en viss tendens i nemnda om at tilknytningen får en rolle ved kvalifikasjonsvurderingen. Eksempler på dette er nemndas dissensavgjørelser, jf. sak nr. 33/2007 og nr.14/2007. Mindretallet i begge disse sakene hadde tilknytning til arbeidstakeren, og mente at fortrinnsretten kunne gjøres gjeldende. Man ser også denne tendensen i nemndas ulempevurdering, jf. mindretallet i sak nr.12/2007 og nr.26/2006.

Mindretallets standpunkt kan gi en antydning på at de momentene som ivaretar interessen til den partssiden de er tilknyttet, gis betydelig vekt. Dette er neppe overraskende. Det gis ingen klare retningslinjer i lovens ordlyd eller lovens forarbeider om hvordan man skal

vurdere en tvist om fortrinnsrett for deltidsansatte. Tilknytning til en av partene kan dermed være en slags indirekte påvirkning i forhold til hvilke momenter som vektlegges, noe som er et slags mønster ved dissenssakene. Dette taler for at det er viktig med en partssammensatt nemnd fordi det gir likevekt mellom partene.

Det kan også virke negativt for betydningen av nemndas avgjørelser med en partssammensatt nemnd når tilknytningen til partene påvirker de konkrete vurderingene. Dersom partene mener at nemndas avgjørelse har liten betydning, vil partene i større utstrekning bringe sakene inn for domstolene. Nemndordningen kan da bli et ”ekstra ledd” frem til domstolsbehandlingen, noe som kan tale imot at nemnda bør være partssammensatt.

5.2.3 Vesentlig ulempe for arbeidsgiver

Fortrinnsretten er betinget av ”..at utøvelse av fortrinnsretten ikke vil innebære vesentlige ulemper for virksomheten” jf. aml.§14-3(2) annet alternativ.

Etter lovens ordlyd må fortrinnsretten ikke innebære ”vesentlige” ulemper. Kravet er ment som en sikkerhetsventil som skal avverge urimelige utslag av fortrinnsretten for virksomheten i konkrete tilfeller, jf.Ot.prp.nr.49(2004-2005)s.227. Uttalelser i Innst.O.nr. 100(2004-2005) presiserer at unntaket fra fortrinnsretten om vesentlig ulempe skal praktiseres med forsiktighet. Både lovens ordlyd og lovforarbeidene tilsier at vilkåret skal tolkes strengt.

Etter lovforarbeidene innebærer vilkåret blant annet at arbeidstakeren ikke kan velge seg en andel eller brøk av den ledige stillingen, men må akseptere hele den utlyste stillingen. Dersom den ledige stillingen kun er en mindre stillingsbrøk som kan kombineres med den deltidsstillingen som den ansatte allerede har, er utgangspunktet at vedkommende kan utøve fortrinnsrett. Bestemmelsen hindrer ikke at partene kan avtale løsninger som innebærer at den ledige stilling delvis blir besatt av den deltidsansatte, jf.Ot.prp.nr. 49(2004-2005)s.227 og s.330.

Lovens forarbeider angir også hvilke ulemper som kan være relevante for arbeidsgiveren å påberope. Fortrinnsretten kan gjøre det nødvendig for arbeidsgiver å ansette flere personer for å få tilstrekkelig antall arbeidstakere til å dekke opp helgearbeid for å unngå å komme i konflikt med lovens regler om ukentlig hvile. Det kan også tenkes at fortrinnsretten medfører ulemper for de øvrige arbeidstakerne, for eksempel at de får betydelig innslag av arbeid på ubekvemme tidspunkter fordi det er færre personer å dele arbeidet på, jf.Ot.prp.nr.49(2004-2005)s.227.

Nemnda viser til lovens forarbeider der det er spørsmål om det foreligger vesentlige ulemper, jf. blant annet sak nr.20/2006. Men selv om lovforarbeidene gir veiledning om hva vilkåret innebærer og hvilke momenter som er relevante i ulempevurderingen, kan det være uklart hva som kreves i de konkrete tilfellene for at fortrinnsretten innebærer ”*vesentlige*” ulemper for virksomheten.

5.2.3.1 **Kombinere en mindre stillingsbrøk med deltidsstillingen**

Nemnda har behandlet flere saker der en deltidsansatt ønsker å kombinere en mindre stillingsbrøk med den stillingen vedkommende allerede har, jf. blant annet sak nr.12/2007, 26/2006 og 28/2007.

I sak nr.12/2007 var det en sykepleier som ønsket å kombinere sin deltidsstilling på 50% med en utlyst stillingsbrøk på 50%. Den deltidsansatte hadde en arbeidsordning med helgearbeid hver tredje helg og ønsket ikke ytterligere arbeid i helgene. Arbeidsgiveren mente fortrinnsretten innebar vesentlige ulemper fordi hovedformålet med stillingen var å styrke helgebemanningen.

Nemndas vedtak ble avsagt med dissens. Flertallet, som besto av nemndas leder, medlemmet fra LO og det særskilte oppnevnte medlemmet fra NSF, mente at fortrinnsretten ville føre til ulemper for arbeidsgiver fordi nytilsetninger var nødvendige for å dekke bemanningsbehovet i helgene. Som begrunnelse for dette standpunktet ble det vist til lovens forarbeider, jf.Ot.prp.nr.49(2004-2005)s.227.

I denne saken hadde ikke arbeidsgiveren gitt opplysninger om hvor mange ansatte som gikk i samme turnus eller hvor lang turnusperioden var. Det var heller ikke sannsynliggjort at fortrinnsretten i dette konkrete tilfellet ville føre til brudd på ukentlig hvile. Flertallet mente derfor at arbeidsgiveren ikke i tilstrekkelig grad hadde dokumentert at disse ulempene var vesentlige.

Flertallet mente at det heller ikke var grunnlag for å vurdere om fortrinnsretten ville medføre et betydelig innslag av arbeid på ubekvemme tidspunkter for de øvrige ansatte. Arbeidsgiveren hadde gitt en generell henvisning til den eksisterende helgturnusen, noe som ikke var tilstrekkelig for å godtgjøre at vesentlige ulemper forelå.

Flertallet hadde et langsiktig perspektiv i sin ulempevurdering og la betydelig vekt på lovens formål om å redusere ufrivillig deltid samt likestillingshensynet, jf.Ot.prp nr. 49(2004-2005)kap17.2.6. På bakgrunn av lovens formål ga flertallet i denne saken arbeidsgiveren en streng bevisbyrde og mente at arbeidstakeren hadde fortrinnsrett.

Flertallet hadde også ”merket seg” uttalelser fra Innst.O.nr.100(2004-2005) der det blir presisert at unntaket fra fortrinnsretten om vesentlig ulempe skal praktiseres med forsiktighet. Uttalelsene i lovforarbeidene brukes som et støtteargument som taler for at det bør stilles strenge krav til arbeidsgiverens dokumentasjoner.

Mindretallet, som utgjorde et fast medlem fra NHO og et særskilt oppnevnt medlem fra KS, mente at det her var tilstrekkelig grunnlag for å si at det forelå vesentlige ulemper. Selv om det manglet kunnskap om hvor mange sykepleiere som måtte dele byrden med den gjenværende stillingsandelen, stilte mindretallet ikke krav om at arbeidsgiveren i større utstrekning skulle dokumentere dette. Mindretallet la til grunn en mindre streng bevisbyrde enn flertallet, og vernet arbeidsgiverens interesser i større grad.

Som et tilleggsargument for sitt standpunkt fremhevet mindretallet motforestillinger mot å åpne for oppsplitting mellom stillingsandel og stillingsinnhold. Mindretallet viste her til uttalelser i lovforarbeidene om at den deltidsansatte ”*må ta hele den utlyste/ledige stillingen*” jf.Ot.prp.nr.49(2004-2005) s.227, og foretok en slutning om at uttalelsene ikke utelukkende relaterer seg til en stillingsandel, men også det nærmere innholdet av stillingen. Mindretallet hadde ingen begrunnelse for dette tolkningsresultatet annet enn at ”*dette relaterer seg etter mindretallets oppfatning...*”.

Hensynet til arbeidsgiver kan tilsi at loven bør tolkes slik. Det vil være til ulempe for arbeidsgiver dersom fortrinnsretten kan gjøres gjeldende for en stillingsandel uten at stillingsinnholdet også følger med. Denne ulempen er fremtredende ved turnusarbeid, der stillingene forutsetter arbeid på visse tidspunkter for å få turnusen til å gå opp.

Skillet mellom stillingsandel og stillingsinnhold blir verken nevnt i lovens ordlyd eller lovforarbeidene. Det er derfor usikkert om loven kan tolkes på en slik måte som mindretallet her gjør. Dette kan også føre til at fortrinnsretten mister sin realitet for arbeidstakere med turnusarbeid, og dermed føre til at det blir vanskeligere å oppfylle lovens formål om å sikre mot undersyssetning og fremme likestilling. Dette taler imot at bestemmelsen skal tolkes på denne måten.

Mindretallet kommenterte flertallets strenge bevisbyrde med at ”*byrden av sakens opplysning er her i sin helhet lagt på arbeidsgiver uten at det av bestemmelsen i aml.§14-3 følger noen regel om omvendt bevisbyrde*”.

Det kan være usikkert hvor streng bevisbyrden bør være ved ulempevurderingen. Som nevnt taler lovens ordlyd og lovens forarbeider for at vilkåret om vesentlig ulempe skal tolkes strengt. Dette tilsier at arbeidsgiverens bevisbyrde for at det foreligger vesentlige ulemper også bør være streng, slik som flertallet i sak nr.12/2007 la til grunn.

Den strenge bevisbyrden kan sammenlignes med bevisbyrden ved avskjedssaker etter aml.§15-14. Avskjed vil som regel ramme en arbeidstaker hardt og innebære en sterk kritikk av arbeidstakerens handlemåte. På bakgrunn av dette kreves det som utgangspunkt en kvalifisert sannsynlighetsovervekt for at arbeidstakeren faktisk har gjort eller unnlatt det som er grunnlaget for avskjeden.³⁵

En avvisning av fortrinnsrett vil neppe ramme arbeidstakeren så hardt som avskjed. Dette kan tale imot at det bør stilles strenge beviskrav slik som ved avskjedsaker. Men dersom arbeidsgiveren kan avvise en fortrinnsrett på bakgrunn av generelle ulemper, vil dette blant annet medføre at deltidsansatte med turnusstillinger må se langt etter å få en heltidsstilling og sikre seg økonomisk selvstendighet. For at lovens intensjoner om dette skal bli oppfylt, bør det derfor foreligge en streng bevisbyrde for arbeidsgiver.

Det foreligger også et eksempel fra nemnda der arbeidsgiveren fikk medhold, jf. sak nr. 26/2006. I denne saken mente arbeidsgiveren at en sykepleier på seksjon for nyfødte ikke kunne øke sin stillingsandel med 100%, blant annet fordi dette ville innebære at det ble vanskeligere å organisere en forsvarlig helgebemannning med færre ansatte.

Nemndas flertall viste til lovforarbeidene, og i likhet med flertallet i sak nr.12/2007, ble likestillingshensynet fremhevet som et særskilt viktig moment i ulempevurderingen innenfor kvinnedominerte yrker i helsesektoren. Flertallet mente det var uheldig og lite i tråd med lovgivers intensjoner når arbeidsgivere kun utlyste deltidsstillinger, selv om dette kunne begrunnes med behovet for fleksibilitet. Problemet med at det ikke var utlyst heltidsstillinger ble også påpekt som et ressursproblem.

Til tross for at flertallet fremhevet likestillingshensynet, mente flertallet at fortrinnsretten ville innebære vesentlige ulemper for virksomheten. Flertallet la i sin vurdering betydelig vekt på de helt spesielle arbeidsoppgavene som ble utført ved barneklirikken og hensynet til medisinsk forsvarlig drift. Dette ble begrunnet med at det forelå særlige forhold ved

³⁵ Jakhelln 2007 s.477

klinikken der man i stor grad burde ta hensyn til kontinuerlig bemanning og den vaktbelastningen som fulgte av dette. Flertallet besto her av nemndas leder, et fast medlem fra NHO og det særskilte oppnevnte medlemmet fra NAVO, og la betydelig vekt på hensynet til arbeidsgiveren.

Mindretallet, som besto av et medlem fra LO og et medlem fra NSF, mente det ikke var tilstrekkelig dokumentert at det forelå en vesentlig ulempe. Medlemmene mente det var vanskelig å se det som medisinsk uforsvarlig å gi den deltidsansatte utvidet stilling, samt at utvidet stilling ville innebære at sykepleiertjenesten ble styrket både faglig og i forhold til forsvarlighetsaspektet. Arbeidstakerens interesser ble her vektlagt.

Ofte blir avslag på fortrinnsrett begrunnet med ønsker om fleksibilitet, faglig kontinuitet og bemanning i forhold til helg og natt samt at turnusordninger gjør det vanskelig å innfri krav om 100%stilling. Dette er generelle momenter som er relevante i en ulempevurdering, men som i seg selv ikke er tilstrekkelig, jf. blant annet sak nr.28/2007.

I sak nr.28/2007 hadde arbeidstakeren vært deltidsansatt i fire år på et sykehus uten tilbud om full stilling. Arbeidsgiveren mente at heltidsstillinger ville innebære vesentlig ulempe for virksomhetens drift blant annet på grunn av hensynet til faglig kontinuitet og behovet for fleksibilitet. I likhet med sak nr.12/2007, mente nemnda at arbeidsgiverens anførsler ikke gav grunnlag for å avskjære fortrinnsretten. Arbeidsgiveren hadde ikke i tilstrekkelig grad dokumentert at det forelå vesentlige ulemper i det konkrete tilfellet.

I helsesektoren foreligger det utstrakt bruk av turnusordninger. En fortrinnsrett vil medføre ulemper for arbeidsgiveren dersom turnusordningen må endres og de øvrige arbeidstakerne må jobbe på mer ubekvemme tidspunkter. Dette er relevante momenter ved ulempevurderingen, jf. Ot.prp.nr.49(2004-2005)s.227 og blant annet sak nr.12/2007. Men dersom bestemmelsen om fortrinnsrett skal ha en realitet og for at lovens formål om å sikre mot uønsket deltid og fremme likestilling skal bli oppfylt, bør det kreves noe mer enn at arbeidsgiveren viser til slike generelle ulemper som lett kan oppstå i helsesektoren.

5.2.3.2 **Brøk eller andel av den ledige stillingen**

Nemnda har også behandlet flere saker der det er spørsmål om arbeidstakeren kan påberope seg en brøk eller andel av den ledige stillingen, jf. sak nr.18/2006, nr.19/2006, nr.13/2007 og nr.20/2006.

Dersom arbeidstakeren påberoper seg en brøk av den ledige stillingen, kan dette føre til at arbeidsgiveren sitter igjen med en svært lav stillingsandel. Dette kan tilsi at fortrinnsretten innebærer vesentlige ulemper fordi en svært lav reststilling blant annet kan innebære lite kontinuitet i forhold til brukerne og det kan være vanskelig for arbeidsgiveren å få besatt en så liten stillingsandel dersom stillingen ikke kan tilbys en annen deltidsansatt, jf. blant annet sak nr.20/2006. Disse ulemperne kan også få konsekvenser for de øvrige arbeidstakerne ved at de får økt arbeidsbyrde.

I sak nr.18/2006 og nr.19/2006 var det to sykepleiere som søkte om å få dele en 50% stilling med halvparten hver. Begge sykepleierne fikk avslag på sine søknader, blant annet fordi arbeidsgiveren mente at fortrinnsretten medførte vesentlige ulemper i forhold til vaktbelastning ved helg- og høytidsturnuser.

Nemnda la til grunn at en reststilling på 25% isolert sett ville utgjøre vesentlige ulemper for arbeidsgiveren, men understrekte at resultatet måtte bygge på en konkret vurdering.

Nemnda ga ingen begrunnelse for å foreta en konkret vurdering. I Ot.prp.nr.49(2004-2005) s. 227 står det blant annet at *”departementet mener at det er behov for en sikkerhetsventil som kan avverge urimelige utslag av fortrinnsretten for virksomheten i konkrete tilfeller”*. Lovens forarbeider taler dermed for at ulempevurderingen skal være konkret.

Det var her to kvalifiserte søkere med forholdsvis lang fartstid i kommunen som klart hadde uttrykt ønske om å dele den aktuelle stillingen. På bakgrunn av dette fikk arbeidstakerne medhold i begge sakene.

Et eksempel der arbeidstakeren ikke fikk medhold i sitt krav om fortrinnsrett finner vi i sak nr.20/2006 og nr.13/2007.

I sak nr.20/2006 ville fortrinnsretten innebære at arbeidsgiveren ville sitte igjen med en reststilling på 25%. Ved vurderingen om reststillingen innebar vesentlige ulemper, viste nemnda til lovens forarbeider. Utgangspunktet i lovforarbeidene er at fortrinnsretten må påberopes i forhold til hele den utlyste stillingen, jf.Ot.prp.nr.49(2004-2005)s.227. Nemnda tok en slutning fra dette om at dersom arbeidsgiver sitter igjen med en svært lav stillingsandel, kan fortrinnsretten i utgangspunktet ikke gjøres gjeldende. Ifølge nemnda ble dette understreket av lovforarbeidene til §14-3, som åpner for at partene kan avtale andre løsninger som innebærer at den ledige stillingen blir delvis besatt.

Nemnda mente likevel at man måtte foreta en konkret vurdering ved spørsmålet om vilkåret om vesentlige ulemper var oppfylt. Dette blir begrunnet med at *"nemnda forstår ikke forarbeidene slik at fortrinnsretten i alle tilfeller vil være avskåret, uavhengig av om det etter en konkret vurdering kan påvises en vesentlig ulempe for arbeidsgiveren å sitte igjen med en lav stillingsbrøk"*. Som nevnt ovenfor taler uttalelsene i Ot.prp.nr. 49(2004-2005)s.227 for en slik forståelse.

Slik saken var opplyst for nemnda forelå det ingen omstendigheter som kunne avhjelpe ulempen med en oppdeling av den utlyste stillingen. Arbeidstakeren fikk derfor ikke medhold i sitt krav om fortrinnsrett.

Nemnda mente også at lave stillingsandeler ville være vanskelig å forene med lovens formål, som blant annet er å styrke kvinners stilling på arbeidsmarkedet, jf.Ot.prp.nr. 49(2004-2005) s.226. Dette standpunktet ble ikke nærmere begrunnet.

Lave stillingsandeler vil blant annet gjøre det vanskelig å oppnå selvstendig økonomisk uavhengighet. Dette tilsier at nemndas standpunkt er den beste løsningen for å oppfylle lovens intensjoner om å redusere undersysselsetting og fremme kvinners reelle muligheter

til økonomisk selvstendighet. Nemndas vedtak omhandler helsesektoren der yrkene i stor grad er kvinnedominerte, likestillingsperspektivet er fremtredende. Dersom arbeidsgivere kun kan tilby lave reststillinger, vil fortrinnsretten blant annet gå ut over kvinner som søker på stillinger i helsesektoren. Når dette blir konsekvensen av fortrinnsrett, kan det tale for at det foreligger vesentlige ulemper.

I sak nr.13/2007 påberopte en sykepleier fortrinnsrett til å få utvidet sin stilling til 100%. Fortrinnsrett ville innebære at arbeidsgiveren ville sitte igjen med en ubesatt reststilling på 25% og denne ulempen ble, i likhet med nr.20/2006, ikke avhjulpet ved at en annen deltidsansatt ønsket utvidelse av sin stilling. Arbeidstakeren fikk derfor ikke medhold. Nemnda foretok også her en konkret vurdering, og som begrunnelse for dette ble det vist til sak nr.20/2006.

Det kan være en fordel at nemnda føler seg bundet av tidligere avgjørelser og viser til disse, slik som i sak nr.13/2007. Dette gir økt forutberegnelighet og harmoni i nemndas avgjørelser. Den konkrete vurderingen nemnda foretok i sak nr.18/2006, nr.19/2006, nr.13/2007 og nr.20/2006 illustrerer også at alle sakene er unike og ofte må løses på ulik måte.

5.2.3.3 Oppsummering av ulempevurderingen

De tilfellene som er nevnt i lovforarbeidene, jf. Ot.prp.nr.49(2004-2005) s.227, samt hensynet til virksomhetens drift med vekt på momenter om at turnusvaktene ikke går opp, bemanningen i forhold til helg og natt samt behovet for fleksibilitet, er relevante momenter i ulempevurderingen, jf blant annet sak nr.12/2007 og nr.20/2006.

Men momentene er generelle og ikke tilstrekkelig alene. Det kreves at arbeidsgiveren gir tilstrekkelig dokumentasjon om at fortrinnsretten innebærer vesentlige ulemper i det konkrete tilfellet. Det foreligger en streng bevisbyrde i nemndas avgjørelser, jf. blant annet sak nr.12/2007 og nr.28/2007. Avgjørelsene er i tråd med lovens ordlyd og lovforarbeidene som tilsier at vilkåret om vesentlig ulempe skal tolkes strengt, jf. ordet ”*vesentlige*” i

§14-3, og Ot.prp.nr.49 (2004-2005)s.227 der vilkåret benevnes som en sikkerhetsventil som skal avverge urimelige utslag av fortrinnsretten i konkrete tilfeller.

I de tilfeller der nemnda har gitt arbeidsgiver medhold har dette vært på grunn av de spesielle arbeidsoppgavene stillingen medfører, jf. sak nr.26/2006, eller fordi arbeidsgiveren sitter igjen med en svært lav stillingsandel, jf. sak nr.13/2007 og nr.20/2007. I disse sakene hadde arbeidsgiveren gitt dokumentasjon på at det forelå vesentlige ulemper i det konkrete tilfellet.

Der tvisten gjelder ulempevurderingen har arbeidstakeren fått medhold i de fleste sakene, jf. sak nr.12/2007, 28/2007, 18/2006, 19/2006 og 27/2007. Nemnda fremhever også lovens intensjoner i sine avgjørelser og foretar vurderinger om hvordan lovens formål i best mulig grad kan oppnås, jf. blant annet sak nr.20/2006 og nr.13/2007. Dette tilsier at lovens intensjoner om å sikre mot undersyssetting og å fremme likestillingen blir oppfylt.

5.2.4 Andre vurderinger

I nemndas avgjørelser om fortrinnsrett for deltidsansatte foreligger det også andre vurderinger. Det kan være usikkert når arbeidsgiveren foretar en *"ny ansettelse"* etter §14-3(1), og dersom det er flere med fortrinnsrett etter §14-3 kan det oppstå spørsmål om prioriteten mellom disse.

5.2.4.1 Ny ansettelse

Etter lovens ordlyd er det ikke tilstrekkelig at virksomheten har et udekket arbeidsbehov, eller at det foretas interne omplasseringer i virksomheten. Arbeidsgiveren må foreta en *"ny ansettelse"* for at fortrinnsretten skal inntre, jf.§14-3(1).

Verken lovens ordlyd eller lovforarbeidene gir en klar veiledning om hvor skillet går mellom ny ansettelse og intern omplassering. Det er også uenigheter i teorien om dette. Fougner legger til grunn at dersom en stilling utlyses og en ansettelsesprosess iverksettes, utløses fortrinnsretten selv om arbeidsgiveren har tenkt til å bekle stillingen ved interne

opptrykk e.l. Fougner mener at et motsatt standpunkt gir en innskrenkende tolkning som det ikke er grunnlag for etter kildene. Evju inntar et motsatt standpunkt, under henvisning til den svenske bestemmelsen om fortrinnsrett for deltidsansatte.³⁶

Spørsmålet om det forelå en ”ny ansettelse” kom opp i sak nr.9/2007. Saken gjaldt en utlyst sykepleierstilling på 50% som en deltidsansatt krevde fortrinnsrett til. Stillingen ble besatt av en annen intern søker som fra før hadde en heltidsstilling. Ved vurderingen om hvorvidt det forelå en ny ansettelse, delte nemnda seg i et flertall på tre og et mindretall på to.

Flertallet mente at §14-3 ikke bare kunne gjelde for tilfeller der det er aktuelt å ansette eksterne søkere. Flertallet viste til lovens ordlyd og forarbeider, og foretok en slutning om at en annen tolkning ville innebære en vesentlig innskrenkning av anvendelsesområdet til bestemmelsen som ikke kommer til uttrykk her. Flertallet i nemnda besto av nemndas leder, det faste medlemmet fra LO og et særskilt oppnevnt medlem fra NSF, og ønsket å verne arbeidstakerens interesser.

Flertallet mente videre at hensynet til arbeidsgiver ble tilstrekkelig ivaretatt ved kvalifikasjonskravet og ulempevurderingen. Tilslutt nevnte flertallet, som et tilleggsargument for det standpunktet de kom frem til, at den aktuelle saken ”*dreier seg forøvrig om en nyopprettet stilling, som har vært utlyst internt*”.

Mindretallet besto av det faste medlemmet fra NHO samt et særskilt oppnevnt medlem fra NAVO. Disse mente at sykehuset ikke hadde foretatt en reell ny ansettelse ved å gi den ledige stillingen til en annen intern søker, men at det var skjedd en endring på arbeidsplassen der en annen medarbeider hadde blitt forflyttet og fått andre arbeidsoppgaver. Mindretallet vektla hva de anså som sakens realitet ved spørsmålet om det forelå en ny ansettelse.

³⁶ Fougner 2006 s.616

Mindretallet mente også at det ikke burde ha noen betydning at stillingen var utlyst, sålenge det var snakk om å vurdere interne søkere for den ledige stillingen. Som begrunnelse for dette standpunktet ble det vist til informasjonsplikten i §14-1. I lovforarbeidene er det anført at det kan være hensiktsmessig å lyse ut en stilling internt, jf.Ot.prp.nr. 49(2004-2005)s.228. Dersom en intern utlysning får betydning for fortrinnsretten, kan dette føre til at arbeidsgiveren unnlater å foreta en seriøs ansettelsesprosess. Mindretallet vektla her konsekvensen dersom fortrinnsretten kan gjøres gjeldende ved slike tilfeller.

Mindretallet anførte også at det ”*nepe har vært*” lovgiverens intensjoner å gi en deltidsansatt prioritet foran en intern søker som er mer kvalifisert og som har lengre ansiennitet. Mindretallet anvendte her et subjektivt tolkningsprinsipp der målet er å finne lovgivers vilje.³⁷ Men verken lovens ordlyd eller forarbeider gir veiledning om dette. Det kan derfor være usikkert om loven skal tolkes slik mindretallet gjorde i denne saken.

Prinsippet om at arbeidsgiver skal få ansette den som er best kvalifisert ble også fremhevet av mindretallet, samt at arbeidsgiver i kraft av sin styringsrett selv skal kunne velge hvem som skal bli ansatt etter en saklig vurdering av søkerne. Mindretallet ga dermed hensynet til arbeidsgiveren betydelig vekt, og mente at det ikke var klare holdepunkter i loven for store inngrep i arbeidsgiverens styringsrett.

Mindretallet viste også til rettstilstanden i Sverige og Finland. Både i NOU 2005:5 s.340, NOU 2004:29 s.84 og Ot.prp.nr.49(2004-2005)s.224 vises det til bestemmelsene fra Sverige og Finland. Det er her vilkår om ekstern rekruttering for at fortrinnsretten skal gjøres gjeldende. Det er ingenting i forarbeidene til §14-3 som tilsier at man i Norge ønsker en annen rettstilstand. Dette taler for at §14-3 skal forstås på samme måte.

Det kan være usikkert hva man kan utlede av lovens ordlyd ved spørsmålet om hva en ”*ny ansettelse*” omfatter. Siden lovens ordlyd er uklar er det hensiktsmessig å tolke bestemmelsen i lys av lovens formål, som først og fremst er å sikre mot uønsket

³⁷ Eckhoff 2001 s.148

undersysselssetting og fremme likestilling, jf.Ot.prp.nr.49(2004-2005)kap.17.2.6. Dersom arbeidsgiveren kan gi heltidsansatte i virksomheten nye stillinger fremfor å ansette eksterne søkere og på denne måten omgå fortrinnsrettbestemmelsen, kan bestemmelsen miste sin realitet. Lovens intensjoner om å hindre undersysselssetting og fremme likestilling blir ikke oppfylt dersom en deltidsansatt som ønsker utvidet stilling får prioritet bak en heltidsansatt.

Det er viktig at arbeidsgiveren har anledning til å ansette den de mener er best kvalifisert og at arbeidsgiveren kan foreta interne omrokkinger dersom dette er hensiktsmessig for virksomheten. Men for å ivareta lovens formål på best mulig måte bør likevel en intern ansettelse være omfattet av bestemmelsen. Dersom slike tilfeller ikke skulle vært omfattet, burde dette fremgå klarere av lovens ordlyd eller av lovens forarbeider.

5.2.4.2 **Utvelgelsen av flere fortrinnsberettigede etter § 14-3**

Det kan være usikkert hvordan prioriteten er mellom flere fortrinnsberettigede etter aml.§14-3 fordi dette ikke er regulert i loven. Siden utvelgelsen ikke er lovregulert, vil det være naturlig å ta utgangspunkt i arbeidsgiverens styringsrett fordi denne er en nødvendig konsekvens av arbeidsavtalen og det underordningsforholdet til arbeidsgiveren som avtalen etablerer.³⁸

Både arbeidslivslovutvalget og deltidsutvalget foreslo at fortrinnsrett for deltidsansatte skulle inneholde en bestemmelse om at arbeidsgiverens valg mellom flere fortrinnsberettigede må være saklig begrunnet, jf. NOU 2004:5 s.343 og NOU 2004:29 kap.9.2. Selv om aml.§14-3 ikke har en slik bestemmelse, er de beslutninger arbeidsgiveren foretar begrenset av saklighetskravet, som er et generelt arbeidsrettslig prinsipp.³⁹

Det foreligger en bestemmelse om utvelgelsen av flere med fortrinnsrett til ny ansettelse etter §14-2, jf. §14-2(6). Etter denne bestemmelsen skal utvelgelsen skje på samme måte som den forutgående oppsigelse i §15-7(2). Etter lovforarbeidene til §15-7 er det pekt på at

³⁸ Jakhelln 2007 s.48

³⁹ Jakhelln 2007 s.51

det ikke er lagt opp til en ren ansiennitetsvurdering, men en helhetlig saklighetsvurdering hvor flere momenter vil være relevante, jf.Ot.prp.nr.50(1993-1994)s.240.

Momenter som kan være relevante er blant annet ansiennitet, kvalifikasjonshensyn og sosiale forhold, jf. Rt.1986 s.879. Ved vurderingen vil det også være av betydning hvilke situasjon virksomheten står overfor.⁴⁰

Det kan spørres om man kan anvende denne bestemmelsen analogisk ved utvelgelsen av deltidsansatte i §14-3.

Bestemmelsen i §14-2 er bygget på andre hensyn enn fortrinnsretten for deltidsansatte. Fortrinnsretten i §14-2 skal blant annet skal gi de oppsagte en mulighet til reengasjement og hindre omgåelse av oppsigelsesvernet, jf.Ot.prp. nr.49(2004-2005) kap.17.1.4. Dette taler imot at man kan anvende bestemmelsen i §14-2(6) analogisk ved utvelgelsen av deltidsansatte.

Men i likhet med §§15-7(2) og 14-2(6), må utvelgelsen etter §14-3 være saklig og forsvarlig, fordi de generelle saklighetsprinsippet gjelder også her. Dette kan tale for at det er hensiktsmessig at bestemmelsene gir veiledning om hvilke momenter som er saklige ved spørsmål om utvelgelsen etter §14-3.

Tvist om prioriteten mellom deltidsansatte med fortrinnsrett er vurdert av nemnda i sak nr. 7/2006, nr.8/2007, nr.29/2007 og nr.34/2007.

I sak nr.8/2007 dreide tvisten seg om en 100% sykepleierstilling som ble utlyst internt. En deltidsansatt mente å ha fortrinnsrett fremfor en annen deltidsansatt på arbeidstedet fordi hun hadde lengre ansiennitet.

⁴⁰ Jakhelln 2007 s.440

Nemnda mente at det ikke forelå grunnlag for å gå nærmere inn på utvelgelsen fordi arbeidsgiveren hadde tilsatt en annen fortrinnsberettiget etter en grundig vurdering av søkerne. Nemnda bemerket også at §14-3 ikke gir noen veiledning om hvordan man skal prioritere flere fortrinnsberettigede. Siden bestemmelsen ikke gir noen veiledning, taler dette for at arbeidsgiveren i kraft av sin styringsrett kan foreta utvelgelsen av de fortrinnsberettigede.

Etter nemndas oppfatning var det ikke grunnlag for å tro at det var gjort uriktige vurderinger ved utvelgelsen. Dette tyder på at arbeidsgiverens beslutning skjedde innenfor rammene av det generelle saklighetskrav. Og i likhet med forutsetningene i lovforarbeidene til §15-7, la nemnda ikke opp til en ren ansiennitetsvurdering i denne saken.

Tilsvarende problemstilling finner vi i sak nr.7/2006, nr.29/2007 og nr.34/2007. I alle disse sakene mente nemnda at det ikke var grunnlag for at nemnda skulle foreta en prioritering mellom de ulike fortrinnsberettigede. Sakene illustrerer at nemnda er tilbakeholdne med å overprøve arbeidsgivers valg ved prioritering mellom flere fortrinnsberettigede etter §14-3.

Nemndas tilbakeholdenhet kan sammenlignes med domstolens holdning i forhold til forvaltningens skjønn, det vil si skjønn som et forvaltningsorgan anvender når det treffer avgjørelser ut fra andre vurderinger enn det rent juridiske. Hovedregelen er at forvaltningens skjønn ikke kan overprøves av domstolene. Men det foreligger viktige unntak fra dette. Domstolen kan prøve forvaltningens saksbehandling, om det faktiske grunnlaget for skjønnsutøvelsen er korrekt, og om det foreligger myndighetsmisbruk. Det regnes som myndighetsmisbruk når et forvaltningorgan unnlater å basere sin avgjørelse på et saklig og forsvarlig skjønn og treffer vilkårlige eller svært urimelige avgjørelser. Denne formen for prøvelsesrett er ansett som konstitusjonell sedvanerett.⁴¹

På tilsvarende måte som domstolens holdning til forvaltningens skjønn, indikerer praksis fra nemnda at dersom nemnda mener at saksbehandlingen er tilstrekkelig god og

⁴¹ Jusleksikon 2005 s.232

vurderingene er ansett for å være saklige, blir ikke utvelgelsen av fortrinnsberettigede overprøvd, jf. blant annet sak nr.8/2007.

6 Vurdering av tvisteløsningsnemnda

I dette avsnittet skal det vurderes om tvisteløsningsnemnda er et egnet organ for å løse tvister om fortrinnsrett for deltidsansatte etter aml.§14-3, herunder hvilke fordeler og ulemper nemndbehandlingen innebærer, i hvilken grad rettssikkerhetshensynet blir ivaretatt og om nemnda er prosessskapende.

6.1 Om tvisteløsningsnemnda er et egnet organ for krav om fortrinnsrett

En fordel ved bruk av tvisteløsningsnemnda fremfor domstolsbehandling er at saksbehandlingen i nemnda er svært rask i forhold til saksbehandlingen i rettsapparatet. Dersom en fortrinnsretten skal ha realitet, er det viktig å få saken behandlet mens det fortsatt er aktuelt å utøve fortrinnsrett for den ledige stillingen. Det er også viktig for arbeidsgiveren at saken får en rask avklaring slik at virksomheten eventuelt kan tilsette noen andre i stillingen. Tidsaspektet er fremhevet i lovens forarbeider, jf. Ot.prp.nr. 49(2004-2005) s.290, og taler for at nemnda er et egnet tvisteløsningsorgan for saker om fortrinnsrett for deltidsansatte.

Faren for materielt uriktige avgjørelser kan imidlertid økes dersom hensynet til hurtighet vektlegges i for høy grad. Det er viktig at sakene blir behandlet på en betryggende måte, noe som igjen kan medføre at prosessen tar lengre tid.⁴² Den raske saksbehandlingen i nemnda, som blant annet bygger på skriftlige fremstillinger, jf.forskriftens §4(2), kan føre til at partene sitter igjen med den oppfatningen at alle sider av saken ikke har blitt tilstrekkelig belyst. Dersom nemndas avgjørelser ikke gir inntrykk av å være materielt korrekte, vil partene i større grad bringe saken inn for domstolene. Dette kan tale imot at nemnda er et egnet organ for tvister om fortrinnsrett for deltidsansatte.

⁴² Hov 1999 s.73

I lovens forarbeider fremhevet departementet at tvister med en høy søksmåsterskel er særlig godt egnet for behandling av tvistenemnd, jf. Ot.prp.nr.49(2004-2005)s.290. Tvist om fortrinnsrett for deltidsansatte er av privatrettslig karakter der arbeidstakeren ønsker å gjøre en rettighet gjeldende overfor arbeidsgiveren. Dette tilsier at det foreligger høy søksmåsterskel og at det kan være hensiktsmessig med en nemndordning for slike tvister.

Departementet påpekte også to ulike momenter som kan tale mot opprettelse av en tvisteløsningsnemnd, jf. Ot.prp.nr.49(2004-2005) s.290. En tvisteløsningsnemnd er verken en domstol eller et forvaltningsorgan i tradisjonell forstand, og tar ikke opp i seg alle de rettssikkerhetsgarantier som følger av tvisteloven og forvaltningsloven. En nemnd kan også virke prosesskapende fordi det kan være enklere for partene å gå til en tredjeinstans for å løse en sak fremfor at partene løser saken i fellesskap.

Det kan derfor spørres om rettssikkerhetshensynet er ivaretatt i tvisteløsningsnemnda og om nemnda kan anses for å være prosesskapende.

Departementet har pekt på at det ikke er noe i veien for å innarbeide saksbehandlingsregler eller bestemme at nemndas avgjørelser kan bringes inn for domstolen for å ivareta rettssikkerheten, jf. Ot.prp.nr.49(2004-2005)s.290.

Nemndas vedtak kan bringes inn for domstolsbehandling, jf. aml. § 17-2(2). Domstolen har full prøvelsesrett både med hensyn til lovligheten og skjønnets. Dette er presisert i loven ved at det er tvisten som bringes inn for domstolene og ikke vedtaket som nemnda har fattet, jf. aml. § 17-2(3). Det er også innarbeidet saksbehandlingsregler i FOR 2005-12-16 nr.1569. Forvaltningslovens saksbehandlingsregler gjelder, jf. forskriftens § 6. Forvaltningsloven inneholder blant annet regler om inhabilitet og regler om at vedtak skal begrunnes, jf. fvl.kap. II og V. Disse bestemmelsene medvirker til at rettssikkerheten blir ivaretatt.

Selv om domstolens prøvelsesrett og nemndas saksbehandlingsregler medvirker til at rettssikkerheten ivaretas, kan det være usikkert om nemnda som tvisteløsningsorgan er betryggende og gir et mest mulig rettferdig resultat.

Vedtakene i nemnda skal grunngis og det skal vises til de reglene og de faktiske forhold vedtaket bygger på, jf. fvl. §§24 og 25. Nemndas vedtak begrunnes, men begrunnelsene er ikke alltid like omfattende. Et eksempel på dette finner vi i sak nr.33/2007. I denne saken var flertallet i nemnda tilbakeholdne med å overprøve arbeidsgiverens vurderinger fordi saksbehandlingen var ansett som tilstrekkelig god. Flertallet mente også at det ikke var behov for å gå inn på arbeidsgiverens anførsler. Når nemnda ikke viser til hvilke momenter som vektlegges ved kvalifikasjonsvurderingen i den konkrete saken er det vanskelig å vurdere om resultatet er rettferdig. Dette kan tale for at nemndbehandlingen ikke er tilstrekkelig betryggende.

Tvisteløsningsnemnda behandler saker på grunnlag av skriftlige fremstillinger, og det foreligger korte frister for å bringe en sak inn for nemnda, jf. forskriftens §4(2) og 3(3). Skriftlig saksbehandling kan gjøre det vanskeligere å belyse alle sider av saken, og dersom fristen i §3(3) ikke overholdes er arbeidstakeren avskåret fra å prøve sin sak både i nemnda og for domstolene. Dette gjelder uansett hva som er årsaken til at fristen er oversittet. Disse saksbehandlingsreglene kan tale for at rettssikkerhetshensynet ikke blir ivarettatt på en tilstrekkelig måte.

Det kan også spørres om tvisteløsningsnemnda er prosesskapende. Departementet mente at nemndløsning i liten grad ville være prosesskapende og at etablering av tvistenemnd i liten grad ville stå i veien for minnelige og lokalt tilpassede løsninger. Som bakgrunn for dette synspunktet ble det vist til det moderate sakstilfanget i eksisterende nemndordninger, jf. Ot.prp.nr.49(2004-2005)s.290.

De tidligere nemndene fattet vedtak for tilsammen 5 saker, jf. Ot.prp.nr.49(2004-2005)kap. 23.2.1. Den nye tvisteløsningsnemnda har i 2006 og 2007 fattet tilsammen 85 vedtak. Det

økte sakstilfanget kan tyde på at partene i større utstrekning går til tredjeinstans istedenfor å avtale minnelige løsninger. Årsaken til økt sakstilfang kan nok også forklares med at nemndas kompetanseområde er utvidet, jf.aml.§17-1. Det er derfor usikkert om det økte sakstilfanget kan gi grunnlag for å mene at nemnda er prosesskapende.

Hovedregelen i sivile saker er at saken skal starte i forliksrådet, jf.tvl.§6-2. Forliksrådet skal ved mekling forsøke å få tvisten løst i minnelighet, og legge til rette for at saken blir løst på en enkel, hurtig og billig måte, jf tvl.§§6-8 og 6-1. Men det foreligger diverse unntak fra dette. Mekling i forliksrådet skal blant annet ikke finne sted for krav som har vært prøvet for tvisteløsningsnemnda, jf.aml§17-1(3) og tvl.§6-2 litra e.

Det kan anses som en ulempe at krav som har vært prøvet for tvisteløsningsnemnda ikke skal behandles i forliksrådet. Vedtak i nemnda kan føre til mer firkantede løsninger enn ved behandling i forliksrådet fordi det i nemnda ikke legges til rette for at partene kan inngå avtaler for å løse tvistene. Saksbehandlingen i nemnda er skriftlig, noe som gjør det vanskelig for partene å føre en dialog dersom de ønsker å komme frem til en ordning i fellesskap. Dette taler for at nemndløsningen er mer prosesskapende enn domstolsbehandling.

Forliksrådet består av tre medlemmer som blir utvalgt av kommunestyret, jf. dl.§57. Dette er vanligvis folk uten juridisk utdanning.⁴³ Ved opprettelsen av tvisteløsningsnemnda var det en klar forutsetning med en partsammensatt nemnd som kunne ivareta kompetansehensynet, jf.Ot.prp.nr.49(2004-2005)s. 292. Tvisteløsningsnemndas leder skal ha juridisk embetseksamen, og nemndas øvrige medlemmer har erfaring og innsikt fra arbeidslivets organisasjoner, jf forskriftens § 1. Domstolen er også bemannet med folk med juridisk utdanning, og det skal oppnevnes meddommere fra særskilte arbeidslivskyndige utvalg, jf. aml§17-7.

⁴³ Hov 2000 s. 46

Det kan anses som en ulempe at kompetansehensynet ikke blir ivaretatt i forlikrådet. Forlikrådet skal ved mekling forsøke å få løst tvisten i minnelighet og rådet kan bare avsi dom dersom begge partene samtykker til dette, jf. tvl.§§ 6-8 og 6-10. Siden forlikrådet i utgangspunktet ikke avsier dom, kan dette tale for at det ikke er nødvendig at medlemmene har juridisk utdanning. Det kan også anses som en fordel at medlemmene er ”vanlige mennesker”, fordi dette virker både demokratisk og rettfærdig.

En av hovedinnvendingene mot forlikrådet er at saksbehandlingen tar tid uten at det oppnås særlig mye. Bakgrunnen for dette kan være at partene ville vært mer villig til å inngå et forlik dersom meklingen ble foretatt av en jurist. Partene ville da fått klarere opplysninger om hva som ville innebære et rimelig kompromiss slik saken ligger an rettslig sett.⁴⁴ Dette kan tale for at mekling i forlikrådet likevel ikke er særlig hensiktsmessig.

I tillegg til at arbeidstakeren kan kreve forhandlinger etter §17-3 ved oppsigelsessaker, skal det være et drøftelsesmøte mellom arbeidstaker, tillitsvalgte og arbeidsgiver før arbeidsgiveren fattar beslutning om oppsigelse, jf. aml.§15-1. Gode grunner kan tale for at en slik plikt hadde vært hensiktsmessig ved tvister om fortrinnsrett for deltidsansatte. Dette ville lagt til rette for at partene i større grad oppnådde en minnelig løsning før en eventuell avvisning av fortrinnsretten. Eksempler på minnelige løsninger kan være at arbeidstakeren får en annen stilling enn den som blir utlyst, eller at arbeidstakeren mottar en erstatning i form av lønn eller bonus istedenfor fortrinnsrett. Kompetansehensynet vil da også bli ivaretatt dersom partene ikke kom frem til en løsning og saken ble fremmet for tvisteløsningsnemnda.

Det foreligger praktiske problemer med å gjennomføre fortrinnsretten. Bestemmelsen i §14-3 regulerer forhold av sterk politisk interesse og med et likestillingsmessig aspekt. Det kan derfor spørres om avveiningen av fortrinnsretten burde løftes opp på det politiske plan.

⁴⁴ Hov 2000 s.58

Antall deltidssysselsatte er høyest innen helse og sosialtjenester, og helsesektoren inneholder yrker med svært høy kvinneandel blant de deltidsansatte. For blant annet sykepleiere og omsorgspersonale utgjør kvinneandelen blant deltidssysselsatte over 90%, jf. NOU 2004:29 kap.3.17 og kap.3.5.

I nemndas saker der tvisten gjelder ulempevurderingen, er sakene knyttet til helsesektoren og det er flest kvinner som bringer sakene inn for nemnda, jf. blant annet sak nr.36/2006. Ved kvalifikasjonsvurderingen er det ikke like entydig hvilket yrke arbeidstakeren har. Sakene gjelder blant annet journalist- og vaktmesterstillinger, og ved flere tilfeller er arbeidstakerne menn, jf. blant annet sak nr.14/2007 og nr.28/2006. Likestillingsperspektivet er dermed mest fremtredende ved ulempevurderingen enn ved kvalifikasjonsvurderingen.

En problemstilling som ofte kommer på spissen i nemndas ulempevurdering er hvordan helsevesenets ressursproblemer skal avveies i forhold til hensynet til arbeidstakernes interesser. Det er i helsesektoren vi finner kvinnerike yrker med utstrakt bruk av turnusordninger og som bærer byrden for nedskjæringer i offentlig sektor. Arbeidsgivere ønsker å spare mest mulig penger ved at turnusordninger skal gå opp med færrest mulig ansatte, og uten at dette kommer i konflikt med lovens regler om ukentlig hvile eller at dette medfører ulemper for de andre ansatte. Vedtakene illustrerer de problemene som foreligger med gjennomføringen av fortrinnsretten i kommunens helsesektor, til tross for kommunenes målsetting om å redusere omfanget av uønskede deltidstillinger, jf. blant annet sak nr.12/2007.

Dersom gjennomføring av fortrinnsretten kan bli enklere, ved at helsesektoren blant annet får økte ressurser og retningslinjer for hvordan fortrinnsretten skal gjennomføres i praksis, ville dette bidratt til å fremme lovens intensjoner om å sikre mot undersysselsetting og styrke kvinners stilling på arbeidsmarkedet. Dette taler for at problemstillingene knyttet til fortrinnsrett for deltidssansatte burde løftes til det politiske plan, slik at de praktiske problemene ved fortrinnsretten kan reduseres.

Det kan også være usikkert om lovens intensjoner om å sikre mot undersyssetning og fremme likestilling blir oppfylt i nemndas vedtak. Samlet sett er det flere vedtak i nemnda fra 2006 og 2007 der arbeidstakerens krav på fortrinnsrett ble avvist enn der arbeidstakeren fikk medhold i sitt krav om fortrinnsrett. Bakgrunnen for dette er blant annet avvisning fordi fristen i forskriftens §3(3) ikke ble overholdt, eller at tvisten gjaldt prioriteten mellom flere fortrinnsberettigede. Dette kan tale imot at lovens intensjoner om å sikre mot undersyssetning og fremme likestilling blir oppfylt.

6.2 Oppsummering og konklusjon

Det er mange fordeler ved bruk av tvisteløsningsnemnda for krav om fortrinnsrett for deltidsansatte som ikke foreligger ved domstolsbehandling. Nemnda har en raskere saksbehandling enn domstolen. Tvister om fortrinnsrett har også en høy søksmålsterskel, noe som tilsier at nemnda er et egnet organ for denne type tvister. Domstolen har full prøvelsesrett over nemndas vedtak, og det foreligger saksbehandlingsregler som medvirker til at rettsikkerhetshensynet blir ivaretatt.

Det er også ulemper ved bruk av nemnda som tvisteløsningsorgan, og derfor er det vanskelig å gi et sikkert svar på om tvisteløsningsnemnda er et egnet organ for å løse tvister om fortrinnsrett for deltidsansatte.

Dette kan være vanskelig å belyse alle nyanser i en sak fordi nemnda ikke anvender muntlighetsprinsippet slik som ved domstolsbehandling. Det kan også reises spørsmål om rettsikkerhetshensynet er ivaretatt på en tilstrekkelig måte, blant annet fordi fristen i forskriftens §3(3) er svært kort i forhold til søksmålsfristen i aml§17-4. Dette kan tilsa at nemnda ikke er et egnet organ for tvister om fortrinnsretten for deltidsansatte.

Tvisteløsningsnemnda kan virke prosesskapende fordi det ikke foreligger regler om meklings eller drøftelsesmøte før en beslutning slik som ved oppsigelsessaker i §15-1. Slike regler kunne lagt til rette for at partene i større utstrekning avtalte minnelige løsninger.

Nemndas vedtak illustrerer også at det foreligger praktiske problemer ved gjennomføringen av fortrinnsretten, og i de fleste sakene i nemnda blir fortrinnsretten avvist. Dette innebærer blant annet at lovens formål om å sikre mot undersyssetning og fremme likestilling ikke blir oppfylt.

På denne bakgrunn mener jeg det er flere og ikke ubetydelige ulemper som kan identifiseres ved bruk av nemnda som tvisteorgan for krav fortrinnsrett for deltidsansatte. Selv om nemndbehandlingen har visse fordeler, særlig hurtigheten og hensynet til den høye søksmålsterskelen, er jeg likevel skeptisk til tvisteløsningsnemndas egnethet som et særskilt organ for å løse denne type tvister.

Det gjenstår nå å se i hvilket omfang tvister vedrørende fortrinnsrett for deltidsansatte etter §14-3 vil bli bragt inn for domstolene. Dersom nemndas vedtak i stor utstrekning blir bragt inn for domstolene, kan dette indikere at nemndordningen ikke oppleves som velegnet for tvister om fortrinnsrett for deltidsansatte. I verste fall kan nemnda faktisk fungere mot sin hensikt, ved å virke som en ekstra stasjon frem til domstolsbehandling og ikke som et effektivt tvisteløsningsorgan der sakene blir endelig avgjort.⁴⁵

Men omvendt, dersom domstolene i praksis kommer frem til like resultater som nemndas vedtak, kan dette styrke tilliten til at nemnda med sin enkle organisering og skriftlige saksbehandling likevel er egnet for å løse tvister om fortrinnsrett for deltidsansatte.

⁴⁵ Ot.prp.nr.49 (2004-2005)s.289

7 Litteraturliste

7.1 Lover, forskrifter og tariffavtaler

Lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern av 6.juni 2005

Lov av 4.februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v

Lov av 4.mars 1983 nr. 3 om statens tjenestemenn m.m eller embetsmenn

Lov om likestilling mellom kjønnene av 9.juni 1978 nr.38

Lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven) av 17.juni 2005

Forskrift om unntak fra arbeidsmiljøloven fastsatt ved kgl. res. 16.desember 2005 nr. 1567

Forskrift om tvisteløsningsnemnd etter arbeidsmiljøloven av 16.desember 2005 nr.1569

Hovedtariffavtalen i kommunal sektor 2006-2008

Hovedtariffavtalen LO-NHO 2006-2009

Verkstedsoverenskomsten 2006-2008

7.2 Forarbeider

Ot.prp.nr.49 (2004-2005)

NOU 2004 nr.29

NOU 2004 nr.5

Innst.O nr.100

Ot.prp.nr.50 (1993-1994)

Ot.prp.nr.3 (1975-1976)

Ot.prp.nr.91 (2005-2006)

7.3 Avgjørelser

Rt. 2003 s.1754

LKN-1992-2

C-285/02

Tvisteløsningsnemndas avgjørelser om fortrinnsrett for deltidsansatte fra 2006 og 2007

(kan leses på www.arbeidstilsynet.no).

7.4 Internasjonale kilder

Direktiv 97/81/EF om deltidsarbeid

Direktiv 76/207/EØF om likebehandling

Direktiv 75/117/EØF om likelønn

EØS-avtalens hoveddel art. 96 og 70

ILO-konvensjon nr.175 (1994)

Lag om anställningsskydd (lov 1982:80)

Den finske arbeidsavtalslagen (lov 55/2001)

7.5 Litteratur

Jakhelln, Henning. Oversikt over arbeidsretten. 4 utgave, 2.opplag 2007 (Benevnt Jakhelln 2007)

Fougner, Jan og Lars Holo. Arbeidsmiljøloven. Kommentartutgave. 2006 (Benevnt Fougner 2006)

Hov, Jo. Rettergang I. Sivil-og straffeprosess. 1999 (Benevnt Hov 1999)

Hov, Jo. Rettergang III. Sivilprosess. 2000 (Benevnt Hov 2000)

Gisle, Jon. Jusleksikon.2.utgave 2.opplag 2005 (Benevnt Jusleksikon 2005)

Eckhoff, Torstein. Rettskildelære. 5 utgave ved Jan Helgesen 2001 (Benevnt Eckhoff 2001)

Aune, Helga. Likebehandlingsprinsippet og arbeidstakere i deltidsstilling, Institutt for offentlig retts skriftserie, 2/97

Hoff, Kjersti Hillestad. Fortrinnsrett for deltidsansatte. Spesialoppgave, Universitetet i Oslo, juridisk fakultet 2006. Utgitt i JUSS-BUSS stensilsérie nr. 104, 2006. (Benevnt Hoff 2006)