



UiT Norges arktiske universitet

Det juridiske fakultet

**Fortrinnsrett til utvidet stilling for deltidsansatte etter arbeidsmiljøloven § 14-3
særlig om unntaksvilkåret «vesentlige ulemper»**

Margit Ramberg

Liten masteroppgave i rettsvitenskap, JUR-3902, desember 2019

Innholdsfortegnelse

1	Innledning.....	1
1.1	Aktualitet og problemstilling	1
1.2	Fortrinnsretten i arbeidsmiljøloven	2
1.3	Hensyn bak arbeidsmiljøloven § 14-3.....	3
1.4	Fortrinnsretten i tariffavtaler	4
1.5	Avgrensning og videre fremstilling.....	6
2	Metode og rettskilder	7
2.1	Avhandlingens metode	7
2.2	Tvisteløsningsnemnda – nemndspraksis som rettskilde.....	8
2.3	Kort om relevante EØS-reguleringer	11
3	Vilkårene for å kreve utvidet stilling.....	12
3.1	Deltidsansatte	12
3.2	Utvidet stilling.....	14
3.3	Ny ansettelse	15
3.4	Virksomhetsbegrepet.....	16
3.5	Kvalifikasjonskravet.....	17
3.6	Påberopelse av fortrinnsretten	17
3.7	Utvelgelseskriterier ved flere fortrinnsberettigede.....	18
4	Unntaket om vesentlige ulemper.....	19
4.1	Noen utgangspunkter.....	19
4.1.1	2016-dommen og dens forhold til lovendringen	21
4.2	Reststillingstilfellene	23
4.2.1	Nærmere om konkretiseringskravet	26
4.3	Bemanningshensyn.....	29
4.4	Hensynet til forsvarlig drift	33
4.5	Arbeidstakers forhold	37

4.6	Arbeidsgivers vilje	40
4.7	Kravet til drøftelse.....	42
5	Avsluttende bemerkninger	45
	Referanseliste	48

1 Innledning

1.1 Aktualitet og problemstilling

I 2018 var det totalt 66.000 undersysselsatte¹ i Norge. Av disse var 19.000 kvinner i helse-og sosialyrker.² Problematikken knyttet til deltidsansatte er og har lenge vært aktuelt i den arbeidspolitiske debatten. I debatten ser man på den ene siden et ønske om en lovfestet rett til ansettelse i fulltidsstillinger³, mens på den andre siden er deltidsansettelser nødvendig dersom turnuser skal gå opp.⁴ Særlig i helse- og omsorgssektoren er turnus- og skiftarbeid utbredt, noe som fører til at det skjer et stort antall deltidsansettelser i denne sektoren.

I perioden mars til juni 2019 var det utlyst 3200 helsefagarbeiderstillinger. Av disse var 15 % heltidsstillinger, mens av de resterende hadde fire av ti et stillingsomfang på under 50 %.⁵ Disse funnene har ført til uttalelser om at vi har en deltidskrise i Norge hvor nyutdannede må sette livene på vent, og samtidig alltid være på jakt etter ekstravakter og økte stillingsbrøker.⁶ Å være ufrivillig ansatt på deltid kan derfor innebære en uforutsigbar livssituasjon, som dessuten også kan få betydning for pensjonsopptjeningen og muligheter for boliglån. Videre kan det tenkes at utlysning av deltidsstillinger vil få konsekvenser for rekrutteringen i helse- og omsorgssektoren, noe som er uheldig i en tid hvor det allerede er mangel av ansatte i helsevesenet.⁷

Avhandlingens tema er deltidsansattes fortrinnsrett til utvidet stilling etter arbeidsmiljøloven⁸ (heretter aml.) § 14-3. Med fortrinnsrett til utvidet stilling menes en arbeidstakers rett til å oppnå en høyere stillingsbrøk eller full stilling fremfor at arbeidsgiver foretar nyansettelser i virksomheten. I lys av hvor mange deltidsstillinger og undersysselsatte som finnes i helse- og

¹ Med undersysselsatte menes i denne sammenheng deltidsysselsatte som har forsøkt å få lengre arbeidstid ved å kontakte NAV, annonsere selv, spørre nåværende arbeidsgiver e.l., jf. <https://www.ssb.no/arbeid-og-lonn/statistikker/aku> (sist lest: 14/12/19)

² Statistisk sentralbyrå, Arbeidskraftundersøkelsen (2019), jf. <https://www.ssb.no/statbank/table/11188/> (sist lest: 14/12/19)

³ Innst. O. nr. 100 (2004-2005) s. 44

⁴ <https://www.nrk.no/nordland/kommunen-lyste-kun-ut-deltidsstillinger--det-er-en-skam-1.14538013> (sist lest: 14/12/2019)

⁵ <https://fagbladet.no/nyheter/fa-utlyste-helsefagarbeiderstillinger-er-pa-heltid--bekrefter-at-det-er-en-deltidskrise-6.91.646355.af90afed05> (sist lest: 14/12/2019)

⁶ <https://www.dn.no/innlegg/arbeidsliv/deltid/helse/jo-da-vi-har-deltidskrise/2-1-661536> (sist lest: 14/12/2019)

⁷ <https://sykepleien.no/2019/05/kan-bli-behov-en-av-fire-jobber-med-helse-vil-gi-betydelig-okt-skatt> (sist lest: 14/12/2019)

⁸ Lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv.

omsorgssektoren, gjør bestemmelsen om fortrinnsrett seg særlig gjeldende i yrker innenfor sektoren.

Fortrinnsretten er ikke absolutt. En kvalifisert deltidsansatt har ikke fortrinnsrett til utvidet stilling dersom utøvelsen vil utgjøre en vesentlig ulempe for virksomheten. Oppgavens nærmere siktemål er å kartlegge innholdet i dette skjønsmessige unntaksvilkåret. Det skal altså vurderes hva som skal til for at arbeidsgiver rettmessig kan avvise krav om utvidet stilling.

1.2 Fortrinnsretten i arbeidsmiljøloven

Fortrinnsretten for deltidsansatte i aml. § 14-3 første og annet ledd slår fast at:

*«(1) Deltidsansatte har fortrinnsrett til utvidet stilling fremfor at arbeidsgiver foretar ny ansettelse i virksomheten. Fortrinnsretten kan også gjelde en del av en stilling.
(2) Fortrinnsretten er betinget av at arbeidstaker er kvalifisert for stillingen og at utøvelse av fortrinnsretten ikke vil innebære en vesentlig ulempe for virksomheten»*
(min kursivering).

Retten til utvidet stilling ble første gang lovfestet i arbeidsmiljøloven av 2005, men den gang uten annet punktum i første ledd. I den tidligere loven av 1977⁹ fantes det ingen bestemmelse om fortrinnsrett for deltidsansatte. Rettigheten var imidlertid ikke ny for alle deltidsansatte, da den før lovreguleringen allerede fantes i flere tariffavtaler.¹⁰

I lovforberedelsen mente både arbeidslivslovutvalget¹¹ og det senere oppnevnte deltidsutvalget¹² at det ikke var nødvendig å lovfeste fortrinnsrett for deltidsansatte.

Bakgrunnen for disse vurderingene var at en slik bestemmelse ikke ville være et egnet virkemiddel for å redusere uønsket deltid. Deltidsutvalget viste til undersøkelser fra Sverige som tydet på at effekten var begrenset med tanke på reduksjon av deltidsansatte.¹³ Til tross for dette mente departementet at det var behov for en lovregulering av fortrinnsretten. I odelstingsproposisjonen fremgår det at tariffreguleringene som allerede eksisterte ikke var

⁹ Lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø

¹⁰ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 223

¹¹ NOU 2004: 5

¹² NOU 2004: 29

¹³ *Ibid.* s. 88

tilstrekkelig, da mange deltidsansatte var omfattet av avtaler som ikke ga en slik rettighet.¹⁴ Departementet mente imidlertid at det ville være hensiktsmessig å lovfeste et unntak fra fortrinnsretten i de tilfellene utøvelsen ville påføre virksomheten vesentlige ulemper. Dessuten ble det lagt til grunn at fortrinnsretten bare gjaldt for hele den utlyste stillingen, slik at arbeidstaker ikke kunne tre inn i en andel av stillingen.¹⁵

Med virkning fra 1. januar 2019 trådte en lovendring i kraft. Denne førte blant annet til en tilføyelse i aml. § 14-3 første ledd annet punktum som stadfester at fortrinnsretten også kan gjelde «en del av en stilling». Lovendringen førte dermed til en presisering av fortrinnsrettens rekkevidde. Betydningen av dette vil bli nærmere gjennomgått under i punkt 4.1.1.

1.3 Hensyn bak arbeidsmiljøloven § 14-3

De hensyn som arbeidsmiljøloven skal ivareta følger av formålsbestemmelsen i § 1-1. Her stadfestes det at loven skal sikre en helsefremmende og meningsfull arbeidssituasjon, trygge ansettelsesforhold, likebehandling, tilpasninger etter den enkeltes behov, utvikling av arbeidsmiljø og et inkluderende arbeidsliv. Det er dermed arbeidstakere som er vernet gjennom loven, noe som må sees i sammenheng med at partene i et arbeidsforhold ikke er likeverdige. Departementet mente under lovforberedelsen at hensynet til virksomheten måtte nevnes direkte i lovens formålsbestemmelse. Dette ble imidlertid ikke vedtatt, da flertallet under komitébehandlingen fant at dette ville undergrave lovens vern av arbeidstakere.¹⁶ Hensynet til arbeidsgiver er altså ikke direkte regulert gjennom lovens formålsbestemmelse.

Bestemmelsen om fortrinnsrett verner deltidsansatte samtidig som den utgjør et inngrep i arbeidsgivers styringsrett. Styringsretten innebærer blant annet at arbeidsgiver suverent kan avgjøre hvem som skal tilsettes i en stilling.¹⁷ Fortrinnsretten setter derfor en begrensning på arbeidsgivers frihet til å velge hvem og hvor mange som skal være ansatt i virksomheten. I tillegg har arbeidsgiver i kraft av styringsretten rett til å organisere arbeidet.¹⁸ At noen gis utvidet stilling vil ofte føre til at arbeidsgiver må omorganisere sin drift, særlig hvor driften er

¹⁴ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 227

¹⁵ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 330

¹⁶ Innst. O. nr.100 (2004-2005) s. 12

¹⁷ Storeng m.fl. (2014) s. 105

¹⁸ Høyesterett definerte styringsretten som arbeidsgivers rett til å organisere, lede og fordele arbeidet i Rt. 2000 s. 1602 (s. 1609) *Nøkk*.

organisert i turnus- og skiftarbeid. Dersom den ansatte krever heltidsstilling, vil det også kunne gripe inn i den fleksibilitet det er for arbeidsgiver å ha deltidsansatte.

Til tross for at styringsretten innskrenkes gjennom aml. § 14-3, er hensynet til arbeidsgiver ivaretatt gjennom bestemmelsens annet ledd. Unntaksvilkåret om vesentlige ulemper tar nettopp sikte på de tilfeller hvor utøvelse av fortrinnsrett vil få urimelige utslag for virksomheten. I disse tilfeller vil arbeidstakerens ønske om utvidet stilling måtte vike på bekostning av virksomhetens behov.

Det fremgår av odelstingsproposisjonen at formålet om trygge ansettelsesforhold nettopp speiles gjennom reglene om stillingsvern.¹⁹ Fortrinnsretten må sies å gi deltidsansatte sterkere stillingsvern, og dermed utgjør aml. § 14-3 en realisering av lovens formål om trygge ansettelsesforhold, jf. aml. § 1-1 bokstav b. Fortrinnsretten tar også sikte på å redusere antall ansatte i uønskede deltidsstillinger. Å være uønsket deltidsansatt vil kunne innebære både økonomiske og sosiale ulemper for den enkelte. Dessuten vil det føre til samfunnsøkonomiske kostnader når tilgjengelig arbeidskraft ikke benyttes fullt ut.²⁰

Som følge av at deltidsansatte særlig gjør seg gjeldende i kvinnedominerte yrker, skal fortrinnsretten også bidra til større grad av likestilling mellom kvinner og menn. Det er presisert i odelstingsproposisjonen at kvinner oftere velger deltidsstillinger som følge av tidsklemma mellom arbeid og omsorg for barn. En slik prioritering kan på sikt føre til at kvinner ufrivillig blir stående i deltidsstillinger. I tillegg til likestilling i arbeidslivet, vil utvidede stillinger også skape større grad av økonomisk selvstendighet,²¹ og videre mer økonomisk likestilling i samfunnet.

1.4 Fortrinnsretten i tariffavtaler

Som nevnt var fortrinnsretten regulert i flere tariffavtaler før den ble lovfestet. Til tross for innføringen av fortrinnsretten i loven, ble ikke tariffreguleringene avvirket. Spørsmålet om utvidet stilling er derfor regulert både i lov og avtale. En tariffavtale er «en avtale mellom en fagforening og en arbeidsgiver eller arbeidsgiverforening om arbeids- og lønnsvilkår eller andre arbeidsforhold», jf. arbeidstvisten²² § 1 bokstav e. Det som kjennetegner

¹⁹ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 68

²⁰ *Ibid.* s. 226

²¹ *Ibid.*

²² Lov 27. januar 2012 nr. 9 om arbeidstvister

tariffavtalen er at den etablerer rett og plikt mellom partene samtidig som den også binder organisasjonenes medlemmer.²³

Arbeidsmiljøloven stadfester at loven ikke kan fravikes til ugunst for arbeidstaker gjennom avtale, jf. aml. § 1-9. En tariffavtale kan derfor ikke inneholde reguleringer av fortrinnsretten som setter deltidsansatte i en dårligere stilling enn det som følger av aml. § 14-3.

Betydningen av at fortrinnsretten også er nedfelt i tariffavtaler er at partenes rettigheter og plikter følger en dobbeltsporet prosessordning.²⁴ Dette innebærer at den enkelte deltidsansatte kan håndheve aml. § 14-3 gjennom søksmål for de alminnelige domstoler, mens tariffavtalens parter kan håndheve avtalens fortrinnsrett gjennom søksmål for Arbeidsretten. I det følgende vises det til eksempler på hvordan fortrinnsretten er regulert i utvalgte avtaler, samt noen problemstillinger som reiser seg i forlengelsen av disse reguleringene.

Deltidsansatte i kommunalsektor ble gitt rett til utvidet stilling gjennom Hovedtariffavtalen i kommunalsektor allerede i 1994.²⁵ Dagens avtale²⁶ slår fast at arbeidstakere som hovedregel skal tilsettes i heltidsstillinger, jf. § 2 pkt. 2.3.1 første ledd. Etter bestemmelsens tredje ledd skal imidlertid deltidsansatte ved ledig stilling ved intern utlysning «tilbys utvidelse av sitt arbeidsforhold inntil hel stilling, dersom vedkommende er kvalifisert for stillingen».

Arbeidsretten har lagt til grunn at arbeidsgiver etter avtalen ikke har plikt til å ansette i heltidsstillinger, og at det er tillagt arbeidsgivers styringsrett hvorvidt forholdene gir grunnlag for deltidsansettelser.²⁷ Det avgjørende for hvorvidt fortrinnsrett kan utøves er følgelig om arbeidstakeren er kvalifisert for stillingen. Arbeidsgivere kan derfor ikke påberope seg vesentlige ulemper som grunnlag for å avskjære fortrinnsretten.

I andre tariffavtaler oppstilles det, i motsetning til aml. § 14-3, krav om lengden på den ansattes beskjeftigelse før fortrinn kan påberopes.²⁸ Et slikt vilkår kan ikke anses for å være i strid med aml. § 1-9 da disse bestemmelsene ikke opererer med et kvalifikasjonsvilkår eller unntaksvilkår om vesentlige ulemper.

²³ ARD-1922-50

²⁴ Rt. 1987 s. 98 (s.102)

²⁵ ARD-2016-412 (avsnitt 83)

²⁶ Hovedtariffavtalen i kommunalsektor, revidert for avtaleperioden 1. mai 2018 – 30. april 2020

²⁷ ARD-2016-412 (avsnitt 87)

²⁸ Se eksempelvis landsoverenskomsten mellom Handel og kontor og Virke punkt 15.2 første ledd og flyoverenskomsten § 9.4

En annen regulering av fortrinnsretten finnes i avtalen mellom Handel og kontor og SAMFO.²⁹ I avtalens punkt 13.2 første ledd fremgår det:

«Deltidsansatte gis fortrinnsrett til å utvide sin arbeidstid når bedriften har behov for mer arbeidskraft eller når timer blir ledige ved f.eks. oppsigelser o.l. jf. arbeidsmiljøloven § 14-3» (min kursivering).

Ved en slik lovhenvising kan det spørres om tariffpartene har ment at lovregelen skal være bindende mellom dem, altså om lovregelen er gjort til tariffavtalenorm.

Høyesterett konkluderte i en dom fra 2012 med at det klare utgangspunktet hvor lovtekst er inntatt i en tariffavtale, er at loven gjøres til tariffnorm. Dette gjelder både i de tilfeller hvor avtalen gjengir og henviser til lovbestemmelsen.³⁰ Arbeidsretten må imidlertid uansett ta stilling til hvorvidt partene faktisk har ment å skape tariffnormer som kan forfølges i det særlige prosessoporet for tariffavtaler.³¹ Dersom spørsmålet besvares bekreftende, må Arbeidsretten fortolke unntaksvilkåret om vesentlige ulemper og tariffavtalens rettskilder blir avgjørende for resultatet.³²

1.5 Avgrensning og videre fremstilling

Vi befinner oss på arbeidsrettens område. Tradisjonelt deles faget inn i to; den individuelle og den kollektive delen.³³ Den individuelle delen omhandler den enkelte arbeidstakers og arbeidsgivers rettigheter og plikter, mens den kollektive delen knytter seg til spørsmål om tariffavtaler og forholdet mellom avtalens parter. Over i punkt 1.4 er det kort gjort rede for hvordan fortrinnsretten gjør seg gjeldende i utvalgte tariffavtaler, og hvordan arbeidsmiljøloven og tariffavtaler opererer i et samspill med hverandre. I det videre vil fremstillingen utelukkende befinne seg innenfor den individuelle arbeidsretten.

Opgaven retter seg hovedsakelig mot unntaksvilkåret i aml. § 14-3, og følgelig faller brudd på fortrinnsretten utenfor fremstillingen. Spørsmålet om dom for ansettelse og erstatningskrav etter aml. § 14-4 vil derfor ikke behandles. Fortrinnsretten etter statsansatteloventen³⁴ § 13 faller

²⁹ Landsoverenskomsten Handel og Kontor og SAMFO, 2018-2020

³⁰ Rt. 2012 s. 1702 (avsnitt 48)

³¹ ARD-2012-126 (avsnitt 60)

³² Fougner m.fl. (2004) s. 199-200

³³ Fanebust (2015) s. 19

³⁴ Lov 16. juni 2017 nr. 67 om statens ansatte mv.

også utenfor oppgavens tema, men det er grunn til å nevne at ordlyden tilsvarer aml. § 14-3. Videre vil deltidsansattes diskrimineringsvern etter aml. § 13-1 tredje ledd ikke bli særskilt nevnt, men belyses der det er en naturlig følge av sammenhengen.

I det følgende gjøres det rede for avhandlingens metode og rettskilder, hvor det særlig vil bli lagt vekt på tvisteløsningsnemnda og dens praksis. Deretter vil det kort sies noe om hvilke EØS-reguleringer som er relevante i forbindelse med fortrinnsretten. I kapittel 3 gjøres det rede for inngangsvilkårene i aml. § 14-3 første ledd samt kvalifikasjonskravet i annet ledd, i tillegg til at det reises noen prosessuelle problemstillinger. Deretter rettes fokuset i kapittel 4 mot unntaksvilkåret, før det gjøres noen avsluttende bemerkninger.

2 Metode og rettskilder

2.1 Avhandlingens metode

Avhandlingen er rettsdogmatisk i den forstand at den tar sikte på å kartlegge innholdet i gjeldende rett. I undersøkelsen av gjeldende rett vil alminnelig juridisk metode brukes.³⁵ Ordlyden i aml. § 14-3 danner utgangspunktet, men som ofte ellers må ordlyden suppleres med øvrige rettskilder. Lovforarbeidene til bestemmelsen er utfyllende, og sier mye om hvilke hensyn som ligger til grunn for regelen om fortrinnsrett. Formålsbetraktninger er derfor en viktig kilde i fremstillingen. Odelstingsproposisjonen oppstiller dessuten eksempler på hvilke typetilfeller som kan omfattes av unntaksvilkåret om vesentlige ulemper.

Det finnes til nå bare én dom fra Høyesterett som omhandler fortolkningen av aml. § 14-3. Dette er dommen inntatt i HR-2016-867-A (heretter 2016-dommen). Dommen er i dag langt på vei bare av rettshistorisk interesse. Den nevnte lovendringen som trådte i kraft 1. januar 2019, stadfestet det motsatte av den lovforståelsen flertallet i Høyesterett la til grunn.³⁶ Avgjørelsen er følgelig et eksempel på Høyesteretts rettsskapende virksomhet. Dommens innhold og dens forhold til lovendringen gjennomgås under i punkt 4.1.1.

³⁵ Eckhoff (2001) s. 15

³⁶ Lov 22. juni 2018 nr. 45 om endringer i arbeidsmiljøloven, folketrygdloven og enkelte andre lover

Det følger av aml. § 14-3 femte ledd at tvist om fortrinnsrett avgjøres av tvisteløsningsnemnda (heretter nemnda). Dessuten må tvisten ha vært behandlet i nemnda før det eventuelt kan reises søksmål for de alminnelige domstolene³⁷, jf. aml. § 17-2 annet ledd. Dette kan være en av årsakene til at det finnes få avgjørelser fra de alminnelige domstolene om fortrinnsrett. Nemndas argumentasjon og særlig dens interesseavveining under vilkåret om vesentlige ulemper, er av denne grunn en sentral del av fremstillingen. Underveis i fremstillingen vil det foretas selvstendige analyser av nemndas interesseavveining.

2.2 Tvisteløsningsnemnda – nemndspraksis som rettskilde

På bakgrunn av det som er nevnt over, er praksis fra nemnda svært sentralt i kartleggingen av det nærmere innholdet i unntaksvilkåret om vesentlige ulemper. Derfor er det nødvendig å vurdere nemndsavgjørelsens rettskildemessige stilling.

Andre myndigheters praksis, herunder forvaltningspraksis er regnet som en rettskilde.³⁸ Nemnda er et forvaltningsorgan³⁹, noe som betyr at dens praksis er en relevant rettskilde. Spørsmålet i denne forbindelse er hvor stor vekt slik nemndspraksis kan tillegges.

I 2016-dommen uttalte flertallet at som følge av den særlig juridiske og praktiske kompetansen nemnda besitter, må dens praksis ha betydelig rettskildevikt «så langt den er basert på en presiserende tolkning av loven».⁴⁰ Eckhoff legger til grunn at domstolene ofte legger vekt på forvaltningspraksis, og hvor mye vekt den kan tillegges beror på hvor fast, utbredt og varig den er. Dessuten er det av betydning om praksis kommer fra organer med særlig kyndighet på vedkommende saksområde.⁴¹ Nygaard påpeker at offentlige organ i forvaltningshierarkiet vil være av interesse «så langt dei tek standpunkt til rettsspørsmål, og dermed produserer rettspraksis på sine område».⁴²

³⁷ Nemnda har imidlertid ikke kompetanse til å vurdere erstatningskrav som følge av brudd på fortrinnsretten. Dersom arbeidstaker kun krever erstatning for brudd på fortrinnsretten, kan søksmålet reises direkte for domstolene. Domstolene vil da måtte gjøre treffe en prejudisiell avgjørelse av hvorvidt fortrinnsretten er krenket, jf. HR-2019-2104-U

³⁸ Eckhoff (2001) s. 23

³⁹ HR-2016-867-A (avsnitt 54)

⁴⁰ *Ibid.* (avsnitt 111)

⁴¹ Eckhoff (2001) s. 233

⁴² Nygaard (2004) s. 211

Utgangspunktet er at forvaltningsavgjørelser ikke har rettskraft, med mindre det finnes hjemmel i loven for dette.⁴³ Den nevnte lovendringen med ikrafttredelse 1. januar 2019, stadfestet at nemndsvedtak gis virkning som rettskraftig dom, så lenge søksmål ikke reises innen søksmålsfristen på åtte uker, jf. aml. § 17-2 tredje ledd.⁴⁴ Betydningen av at et nemndsvedtak har rettskraft er for det første at saken er endelig. Domstolene må avvise en ny sak mellom samme parter som er rettskraftig avgjort (negativ rettskraft).⁴⁵ For det andre innebærer rettskraftfunksjonen at nemndsvedtaket må legges til grunn, uten realitetsbehandling, i en ny sak der domstolene må ta stilling til kravet for å kunne avgjøre saken (positiv rettskraft).⁴⁶ Før nemndsavgjørelser ble rettskraftig uttalte Høyesterett i 2016-dommen at «uten positiv rettskraft, behøver en arbeidsgiver som er uenig i nemndsvedtak om at arbeidstakeren har fortrinnsrett, ikke å bringe tvisten inn for domstolene, men kan unnlate å rette seg etter vedtaket».⁴⁷ I forberedelsen til lovendringen ble det lagt til grunn at avgjørelsene måtte gis rettskraft, slik at formålet om at tvistene skal finne sin løsning i nemnda, i større grad blir en realitet. Dessuten ville nemndas autoritet kunne bli truet dersom det spredde seg en oppfatning om at avgjørelsene bare var av veiledende art.⁴⁸

At en forvaltningsavgjørelse har rettskraftig virkning som en dom, er imidlertid ikke ensbetydende med at rettskildeværdien er den samme som en avgjørelse fra domstolene. Et av formålene med nemnda, er nettopp å effektivisere prøvingen av tvister om fortrinnsrett. Som følge av dette treffer nemnda svært mange vedtak og vil derfor ikke ha samme kapasitet til å sette seg inn i hver enkelt sak på samme måte som domstolene. Dessuten er ikke alltid forvaltningens lovfortolkning i tråd med hvordan domstolene ville stilt seg til tolkningen.

Samtidig som nemndsavgjørelsene fikk rettskraftig virkning, ble det også lovfestet en bestemmelse i aml. § 17-2 b som gir partene mulighet til å begjære en rettskraftig nemndsavgjørelse gjenåpnet. I tillegg gir bestemmelsen partene rett til å kreve oppreisning etter reglene i forvaltningsloven⁴⁹ § 36. Videre ble også nemnda gitt adgang til retting samt til å gi tilleggsavgjørelser, jf. aml. § 17-2 c. Bakgrunnen for at disse mekanismene ble lovfestet

⁴³ Schei m.fl. (2013) s. 664

⁴⁴ Lov 22. juni 2018 nr. 45 om endringer i arbeidsmiljøloven, folketrygdloven og enkelte andre lover

⁴⁵ Se Lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven) § 19-15 tredje ledd

⁴⁶ Se tvisteloven § 19-15 annet ledd

⁴⁷ HR-2016-867-A (avsnitt 67)

⁴⁸ Prop. 57 L (2017-2018) s. 17

⁴⁹ Lov 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker

var et behov for å sikre visse minimumskrav til rettssikkerhet.⁵⁰ Uten slike garantier mente departementet at partene ville ha et svakere vern mot uriktige avgjørelser i nemnda enn i domstolene.⁵¹

Nemnda behandler tvisten i møte på grunnlag av skriftlige fremstillinger og dokumentbevis som partene har lagt frem, jf. forskrift om tvisteløsningsnemnd etter arbeidsmiljøloven (heretter forskriften) § 5 annet ledd andre punktum.⁵² Muntlighet blir bare brukt som supplement der det er nødvendig for sakens opplysning, jf. forskriften § 5 annet ledd siste punktum. At muntlighet bare tilhører unntakstilfellene kan innebære rettssikkerhetsmessige utfordringer med tanke på partenes anledning til å imøtegå den andres anførsler og bevis.

Videre settes den enkelte sak i nemnda med en leder og to av de totalt seks faste medlemmene, jf. forskriften § 2 første ledd. Av de seks faste medlemmene er tre oppnevnt etter forslag fra arbeidsgiversiden, mens tre andre er oppnevnt etter forslag fra arbeidstakersiden, jf. forskriften § 1 annet ledd. Nemndas leder og nestleder må ha juridisk embetseksamen og særlig innsikt i arbeidslivsspørsmål, jf. forskriften § 1 tredje ledd. At både arbeidstaker- og arbeidsgiversiden skal være representert med like mange skal sørge for at begge parters syn blir ivaretatt i møtene.

I noen tilfeller har ikke nemndas faste oppnevnte medlemmer tilstrekkelig kunnskap om den bransjen som tvisten omhandler. I slike tilfeller kan et av de faste medlemmene med hensyn til sakens opplysning kreve at det skal oppnevnes ytterligere to medlemmer. Disse skal ha «særlig kunnskap om den bransjen som er berørt i saken (bransjemedlemmer)», jf. forskriften § 2 første ledd tredje punktum. De oppnevnte medlemmene skal da representeres med en fra arbeidsgiversiden og en fra arbeidstakersiden, jf. forskriften § 2 annet ledd. De gangene nemnda settes med ytterligere to medlemmer, må særlig nemndas sakkyndighet sies å bli styrket.

Nemnda har siden 2006 truffet i overkant av 500 vedtak som angår tvister om fortrinnsrett.⁵³ Følgelig er deres avgjørelser både av fast og langvarig karakter. Som følge av at nemnda er sammensatt av både rettskyndige og fagkyndige medlemmer, samt at nemndas vedtak kan få

⁵⁰ Prop. 57 L (2017-2018) s.18

⁵¹ Prop. 57 L (2017-2018) s.18

⁵² Forskrift 16. desember 2005 nr. 1569 om tvisteløsningsnemnd etter arbeidsmiljøloven

⁵³ Dette viser et søk på tvisteløsningsnemndas nettside, <https://www.nemndene.no/tvistelosningsnemnda/>

rettskraftig virkning, er nemndas struktur domstollignende.⁵⁴ Nemndas uavhengighet og lovens rettssikkerhetsgarantier taler for det samme. Manglende muntlighet kan tale for det motsatte, men samtidig ville et krav om muntlighet utfordre effektivitetshensynet. Nemndas vurderinger bør etter dette sies å ha nokså stor argumentasjonsverdi i saker som omhandler fortrinnsretten for deltidsansatte. Særlig må nemndas interesseavveining under unntaksvilkåret anses for å ha stor rettskildemessig vekt, siden øvrige rettskilder gir svært få holdepunkter om denne avveiningen.

2.3 Kort om relevante EØS-reguleringer

Innenfor EØS-retten er det deltidsdirektivet⁵⁵ som er mest relevant for denne fremstillingen. EØS-avtalen gjelder som norsk rett, jf. EØS-loven⁵⁶ § 1, og dessuten har bestemmelser i lov som skal oppfylle Norges forpliktelser etter avtalen forrang ved motstrid, jf. § 2. Deltidsdirektivet anses for å være implementert gjennom arbeidsmiljøloven og likestillingsloven.⁵⁷

Direktivet tar i all hovedsak sikte på innføring av prinsippet om ikke-diskriminering av deltidsansatte. Det følger også av direktivets formål at det skal lette utviklingen av deltidsarbeid på frivillig basis. På bakgrunn av at det er frivillig deltidsarbeid som står i fokus, kan det legges til grunn at ufrivillig deltid i minst mulig grad skal forekomme. En slik forståelse underbygges av direktivets § 5 nr. 3 bokstav b som fastslår at arbeidsgivere så vidt mulig bør «tage følgende op til overvejelse: anmodninger fra arbejdstagerne om overførsel fra deltids- til fuldtidsarbejde eller om en forøgelse af deres arbejdstid, hvis muligheden opstår». Det legges derfor opp til at arbeidsgivere må vurdere mulighetene for stillingsforøkelse, uten at det fremgår hvordan dette skal gjennomføres. Bestemmelsen må nærmest forstås som en anbefaling fremfor et pålegg til medlemsstatene, og det oppstilles heller ingen plikt om at statene skal gi deltidsansatte fortrinnsrett. Direktivet er dessuten et minimumsdirektiv, jf. direktivets § 6 nr. 1. Dette betyr at det kan innføres bestemmelser som er mer gunstig enn de

⁵⁴ Mindretallet i HR-2016-867-A (avsnitt 127) uttalte at nemnda i det ytre er et forvaltningsorgan, men at den med hensyn til organisasjon, saksbehandling og funksjon også har domstollignende trekk.

⁵⁵ Rådets direktiv 97/81/EF af 15. december 1997 om rammeaftalen vedrørende deltidsarbejde

⁵⁶ Lov 27. november 1992 nr. 109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v.

⁵⁷ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 198

som følger av direktivet. Den lovfestede fortrinnsretten gir deltidsansatte en sterkere stilling enn de forpliktelser som påhviler Norge gjennom direktivet.

Europaparlamentet og Rådet vedtok 20. juni 2019 et nytt EU-direktiv som skal sikre gjennomsiktlige og forutsigbare arbeidsforhold.⁵⁸ Ifølge direktivets artikkel 12 har arbeidstakere rett til å be om overgang til annen form for ansettelse som har mer forutsigbare og trygge arbeidsvilkår og motta en skriftlig begrunnelse på en slik anmodning. Arbeidsgiver plikter å svare på henvendelsen innen en måned, men bestemmelsen gir ikke arbeidstakere rett til å få anmodningen etterkommet. Det er enda ikke vurdert hvilke konsekvenser direktivet får for norsk rett, men i det foreløpige proposisjonsnotatet er det uttalt at det trolig vil være behov for lovregulering på området for deltidsansattes rett til utvidet stilling som følge av artikkel 12.⁵⁹

3 Vilkårene for å kreve utvidet stilling

3.1 Deltidsansatte

Fortrinnsretten etter aml. § 14-3 gjelder for deltidsansatte. Spørsmålet i det følgende er hvem som regnes som deltidsansatt. Loven har ingen legaldefinisjon av begrepet, da det i forarbeidene er lagt til grunn at begrepet er så godt innarbeidet i arbeidsrettslig terminologi at det ikke er behov for en definisjon.⁶⁰ Det finnes dessuten en klar definisjon av begrepet i odelstingsproposisjonen, som stadfester at en deltidsansatt «har avtalt arbeidstid som er lavere enn normal arbeidstid i vedkommende yrke eller bransje».⁶¹

Hva som regnes som normal arbeidstid følger av aml. § 10-4 første ledd, som fastsetter at den alminnelige arbeidstiden ikke skal «overstige ni timer i løpet av 24 timer og 40 timer i løpet av sju dager». Det finnes imidlertid en rekke unntak fra dette utgangspunktet. Blant annet følger det av aml. § 10-4 femte ledd bokstav a at arbeidstiden for helkontinuerlig skiftarbeid og sammenliknbart turnusarbeid ikke må «overstige ni timer i løpet av 24 timer og 36 timer i

⁵⁸ Europa-parlamentets og Rådets direktiv 2019/1152 af 20. juni 2019 om gennemsiktlige og forudsigelige arbeidsvilkår i Den Europæiske Union

⁵⁹ <https://www.regjeringen.no/no/sub/eos-notatbasen/notatene/2018/feb/direktivforslag-om-tydelige-og-forutsigbare-arbeidsvilkar/id2594358/> (sist lest: 14/12/2019)

⁶⁰ NOU 2004: 5 s. 282

⁶¹ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 330

løpet av sju dager». Med helkontinuerlig skiftarbeid menes arbeid i en virksomhet hvor driften går sammenhengende døgnet rundt alle dager i uken uten avbrudd.⁶² Hvorvidt en turnusordning kan sammenlignes med helkontinuerlig skift, beror på en vurdering av om arbeidstiden påfører den ansatte de samme ulemper som ved skiftarbeid.⁶³ Videre gjøres det i aml. § 10-4 sjette ledd et unntak for arbeidstid for ansatte som arbeider tredelt skift- og turnusarbeid. Dette unntaket kommer til anvendelse i de tilfeller hvor den ansatte har en reell rotasjon av sin arbeidstid, slik at arbeidstiden skjer på ulike tider av døgnet og at minst en fjerdedel av arbeidstiden er på dag og ettermiddag/kveld.⁶⁴ I forarbeidene oppstilles det også her et krav om helkontinuerlig drift.⁶⁵ Disse unntakene gjør seg særlig gjeldende i helse- og omsorgsyrker, hvor virksomheten som oftest er helkontinuerlig.

Arbeidstiden kan også være regulert i arbeidsavtale eller tariffavtale, så lenge dette gir arbeidstaker en mer gunstig arbeidstid, jf. aml. § 1-9. Som følge av tariffreguleringer har normal arbeidstid i mange bransjer blitt 37.5 timer per uke. Uavhengig av hvilken normal arbeidstid virksomheten er underlagt, vil enhver som arbeider færre timer enn normal arbeidstid, regnes som deltidsansatt.

Det skal fremgå av arbeidsavtalen hva som er lengden for den daglige og ukentlige arbeidstiden, jf. aml. § 14-6 bokstav j. Avtalens innhold vil dermed gi uttrykk for hvorvidt den ansatte er å anse som deltidsansatt. Departementet har dessuten lagt til grunn at arbeidsavtalers skriftlighetskrav etter aml. § 14-5 første ledd særlig er viktig i atypiske arbeidsforhold, slik som ved deltidsansettelser og ved midlertidig tilsetning.⁶⁶

Det fremgår ikke uttrykkelig av ordlyden i aml. § 14-3 første ledd hvorvidt den deltidsansatte må være fast ansatt, eller om fortrinnsretten også omfatter midlertidig deltidsansatte. I odelstingsproposisjonen er det lagt til grunn at i de tilfeller hvor det er flere fortrinnsberettigede, bør en fast deltidsansatt ha prioritet foran en midlertidig ansatt med fortrinnsrett etter aml. § 14-2 annet ledd.⁶⁷ Fortrinnsberettigede etter aml. § 14-3 har dessuten prioritet foran midlertidige ansatte med fortrinnsrett etter § 14-2 annet ledd, jf. aml. § 14-3

⁶² NOU 1979: 56 s. 13

⁶³ Ot.prp. nr. 54 (2008-2009) s. 27

⁶⁴ *Ibid.* s. 84

⁶⁵ *Ibid.*

⁶⁶ Ot.prp. nr. 78 (1993-1994) s. 8.

⁶⁷ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 227. Aml. § 14-2 oppstiller fortrinnsrett til ny ansettelse etter oppsigelse som følge av virksomhetens driftsinnskrenkning eller rasjonaliseringstiltak.

fjerde ledd. Det kan dermed utfra lovens system og forarbeidene legges til grunn at den deltidsansatte må være fast ansatt for å kunne påberope seg fortrinnsrett etter aml. § 14-3. En slik forståelse er også lagt til grunn av nemnda.⁶⁸

3.2 Utvidet stilling

Det stilles videre krav i aml. § 14-3 første ledd om at fortrinnsretten må føre til en utvidet stilling for den deltidsansatte. Dette må forstås slik at den deltidsansatte får økt sin opprinnelige stillingsandel. Hvor mye økning det er tale om er uten betydning for om fortrinnsretten kan påberopes.

Som følge av lovendringen kan deltidsansatte etter ordlyden kreve fortrinn til både hele stillinger og til deler av en stilling.⁶⁹ Det følger av aml. § 14-3 første ledd annet punktum at «fortrinnsretten kan også gjelde til del av en stilling». Ordlyden legger imidlertid opp til at den ansatte ikke har en ubetinget rett til en andel av en stilling, jf. «kan». Det må følgelig gjøres en nærmere vurdering av om inntreden i del av en stilling vil utgjøre en vesentlig ulempe. Dette vil bli nærmere gjennomgått i punkt 4.2.

I flere av nemndas saker vurderes det på bakgrunn av forarbeidenes uttalelser hvorvidt den aktuelle stillingen har «om lag de samme arbeidsoppgavene som den deltidsansatte allerede utfører».⁷⁰ Denne drøftelsen oppstiller nemnda som en del av vurderingen av vilkåret «utvidet stilling». I sak nr. 13/09 fant flertallet at arbeidsgiver hadde dokumentert at den administrative stillingen som den ansatte hadde søkt på var av en helt annen karakter enn den stillingen han allerede hadde.⁷¹ Den utlyste stillingen hadde helt andre arbeidsoppgaver og var plassert på et annet sted i organisasjonen. Mindretallet mente imidlertid at lovens ordlyd «utvidelse» måtte forstås slik at den nye stillingen må være større enn den arbeidstakeren innehar, og ikke slik at stillingene må ha sammenfallende innhold. Kravene til den nye stillingen måtte etter mindretallets oppfatning styres gjennom kvalifikasjonskravet.

Det fremgår ikke uttrykkelig av forarbeidene at denne vurderingen skal skje under vilkåret om «utvidet stilling». I tråd med mindretallets argumentasjon kan det tenkes at dette vurderingstemaet tilhører kvalifikasjonskravet, slik at det er dette som blir avgjørende for om

⁶⁸ Vedtak nr. 66/19

⁶⁹ Lov 22. juni 2018 nr. 45 om endringer i arbeidsmiljøloven, folketrygdloven og enkelte andre lover

⁷⁰ Innst. O. nr.100 (2004-2005) avsnitt 17.2

⁷¹ TLN-2009-13

utvidet stilling kan gis. Dessuten tilsier forarbeidenes uttalelser at stillingene ikke må ha nøyaktig tilsvarende innhold, jf. «om lag». Det bør derfor kunne tillates visse forskjeller mellom nåværende stilling og den stillingen utvidelsen tar sikte på.

3.3 Ny ansettelse

Ordlyden i aml. § 14-3 slår fast at fortrinnsrett skal gis «fremfor» ny ansettelse i virksomheten. Andre eventuelle søkere kan følgelig ikke tilsettes før fortrinnsberettigede har fått sin rettmessige stilling. Nemnda har lagt til grunn at aml. § 14-3 kan gjøres gjeldende både overfor eksterne så vel som interne søkere, og at interne forflytninger i virksomheten også oppfyller vilkåret om ny ansettelse.⁷² Det samme gjør utlysning av vikarstillinger, uten at det er av betydning om den som ble tilsatt tidligere har hatt et vikariat eller blitt forespeilet fast stilling ved tilsetting i vikariatet.⁷³

Videre er det lagt til grunn av nemnda at midlertidig ansatte som får fast stilling, ikke utgjør en ny ansettelse i lovens forstand.⁷⁴ I tilfellene hvor det både er fortrinnsberettigede og midlertidig ansatte med krav på fast stilling, må arbeidsgiver prioritere mellom ulike rettigheter etter loven. På den ene siden har midlertidige ansatte krav på fast stilling etter fire år i stillingen, jf. aml. § 14-9 sjuende ledd. Deltidsansatte har på den andre siden rett til utvidet stilling ved nye ansettelser. Hvilken prioritering som gjøres må være opp til arbeidsgiver så lenge det ikke foreligger grunn til å tro at arbeidsgiver forsøker å omgå fortrinnsretten.⁷⁵

Heller ikke fordeling av vakter og timer regnes som ny ansettelse. Det er tillagt arbeidsgivers styringsrett hvordan fordelingen mellom sine ansatte skal være.⁷⁶ I en sak fra 2016 uttalte nemndas mindretall at en arbeidstaker bør kunne kreve fortrinn til enkeltvakter.⁷⁷ Som følge av at det kan kreves fortrinn til vikariater, mente mindretallet at det samme må gjelde for enkeltvakter. Dersom fortrinnsretten avskjæres i slike tilfeller vil det skape en utydelig grense for når fortrinnsretten faktisk kommer til anvendelse. Mindretallet mente også at bruk av tilkallingsvikarer innebærer ny ansettelse etter loven, og dersom noe annet legges til grunn vil

⁷² TLN-2009-21

⁷³ TLN-2010-66

⁷⁴ Se f.eks. vedtak 12/18, TLN-2015-1 og TLN-2010-85

⁷⁵ Vedtak nr. 12/18

⁷⁶ TLN-2017-5

⁷⁷ TLN-2016-13, tilsvarende ble lagt til grunn av mindretallet i TLN-2015-4

det kunne føre til omgåelse av fortrinnsretten. Dessuten støttet en «mer til det mindre-betraktning» en slik tolkning ved at arbeidsgiver også må være forpliktet til å tilby enkeltvakter, og ikke bare stillingsprosenter ved ledighet. Flertallet mente imidlertid at ekstravakter ikke er omfattet av lovens ordlyd.

3.4 Virksomhetsbegrepet

Fortrinnsrettens anvendelsesområde er i virksomheten, jf. aml. § 14-3 første ledd. Begrepet «virksomhet» har ingen legaldefinisjon, men det er lagt til grunn i forarbeidene at et selvstendig rettssubjekt eller en juridisk person er å anse som en virksomhet etter loven.⁷⁸ Dersom virksomhetsbegrepet skal være snevrere enn det som er arbeidsgivers samlede virksomhet må dette ha et særskilt grunnlag.⁷⁹ Derfor kan det legges til grunn at det som utgangspunkt er arbeidsgivers samlede virksomhet som er omfattet av begrepet.

Det følger dessuten av forarbeidenes uttalelser at «begrepets rekkevidde må tolkes på bakgrunn av formålet med den enkelte bestemmelse».⁸⁰ Et av de bærende formål bak fortrinnsretten til utvidet stilling er å redusere antall ansatte i uønskede deltidsstillinger. For å realisere formålet bør virksomhetsbegrepet etter aml. § 14-3 omfatte hele arbeidsgivers samlede virksomhet og ikke noe snevrere. En snevrere forståelse av virksomhetsbegrepet vil kunne føre til at fortrinnsretten lett kan omgås, og dessuten til at arbeidstakeres muligheter for å kreve fortrinn innskrenkes.

I en nemndsavgjørelse fra 2007 kom mindretallet til at flertallets vurdering av virksomhetsbegrepet ikke kunne være korrekt.⁸¹ Flertallet hadde i sin vurdering lagt vekt på hvor mange deltidsansatte det var på den enkelte avdeling i virksomheten. Mindretallet mente at vurderingen må bygge på virksomheten under ett, slik at det kunne tas hensyn til ulike behov på ulike avdelinger. Det måtte kunne aksepteres noen avdelinger med flere deltidsansatte, alt etter hva behovene tilsa. Virksomheten kunne dermed gi deltidsansatte muligheten til å fylle opp stillingene sine ved ledighet på andre avdelinger.

Som nevnt knytter virksomhetsbegrepet seg til den samlede virksomhet. En slik forståelse kan imidlertid ikke bety at det samlet sett er virksomhetens behov som er styrende for hvor

⁷⁸ NOU 2004: 5 s. 149

⁷⁹ *Ibid.*

⁸⁰ *Ibid.*

⁸¹ TLN-2007-49

fortrinnsretten kan påberopes, alt etter hva behovene innen de enkelte enheter tilsier. Dette vil være i strid med fortrinnsrettens formål, og dessuten den ansattes valgfrihet til å søke på den eller de stillinger som er ønskelig. At en deltidsansatt søker på en stilling innenfor sin avdeling, og blir tilbudt utvidet stilling ved en annen avdeling, kan vanskelig være i tråd med intensjonene bak fortrinnsretten.

Virksomhetsbegrepet kommer også til uttrykk i aml. § 14-3 annet ledd. Unntaksvilkåret om vesentlige ulemper tar sikte på å ivareta hensynet til virksomheten. Hensynet må anses for å bli best ivaretatt dersom arbeidsgiver kan påberope seg hele og ikke bare deler av sin virksomhet som grunnlag for ulempevurderingen.

3.5 Kvalifikasjonskravet

For at den deltidsansatte skal kunne utøve fortrinnsrett må vedkommende være kvalifisert for stillingen. Det tilligger arbeidsgiver å fastsette hvilke kvalifikasjoner som kreves til en stilling. Det er slått fast i forarbeidene at kvalifikasjonskravet skal forstås på samme måte som tilsvarende krav i aml. § 14-2 første ledd om fortrinnsrett til ansettelse etter oppsigelse som følge av virksomhetens forhold.⁸²

Kvalifikasjonskravet etter aml. § 14-2 innebærer at det kan tas hensyn til faglige og personlige forutsetninger for stillingen, men kvalifikasjonene trenger ikke å være på et høyere nivå enn det som må anses som gjennomsnittlig for stillingen.⁸³ Høyesterett har også lagt en slik forståelse til grunn, i tillegg til at det ikke kreves at den fortrinnsberettigede er den best kvalifiserte til stillingen.⁸⁴ Nemnda har tilsvarende forståelse av kvalifikasjonskravet.⁸⁵

3.6 Påberopelse av fortrinnsretten

I lovforberedelsen ble det lagt til grunn at arbeidsgiver selv må «vurdere fremgangsmåter for å avdekke om det er kvalifiserte og interesserte fortrinnsberettigede søkere».⁸⁶ Lovgiver har følgelig ikke pålagt arbeidsgiver noen nærmere undersøkelsesplikt om hvorvidt noen ansatte har fortrinnsrett. En slik forståelse har også nemnda lagt til grunn. Samtidig har nemnda uttalt at arbeidsgiver må gi deltidsansatte en reell mulighet til å gjøre fortrinnsretten gjeldende,

⁸² Prop. 57 L (2017-2018) s. 10

⁸³ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 329

⁸⁴ Rt. 2003 s. 1754

⁸⁵ Se f.eks. TLN-2009-26

⁸⁶ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 228

enten ved å lyse ut stillingen eller ved informasjon.⁸⁷ Nemndas vurdering er her i tråd med plikten arbeidsmiljøloven pålegger arbeidsgiver.⁸⁸

I en sak som nylig ble behandlet i nemnda hadde arbeidsgiver anført at arbeidstaker ikke kunne gjøre fortrinnsretten gjeldende, da det ikke forelå noen skriftlig påberopelse av kravet.⁸⁹ Nemnda fant at arbeidstakere ikke er pålagt et skriftlighetskrav for å kreve fortrinnsrett. Det ble uttalt at så lenge den ansatte søker på stillingen og «arbeidsgiver er kjent eller gjøres oppmerksom på at vedkommende er fortrinnsberettiget», vil arbeidstakerens aktivitetsplikt være oppfylt.

Det kan stilles spørsmål ved hva nemnda legger i at arbeidsgiver «gjøres oppmerksom på at vedkommende er fortrinnsberettiget». Menes det at arbeidstaker må sørge for å gjøre arbeidsgiver kjent med dette? Nemnda har i en sak fra 2007 lagt til grunn at arbeidsgiver har en selvstendig plikt til å undersøke om søkerne til en stilling har fortrinnsrett. At søkeren har unnlatt å gjøre oppmerksom på dette i søknaden, er ikke grunn for at fortrinnsretten kan avskjæres. Nemnda påpekte imidlertid at søkere bør av hensyn til gjennomføringen gjøre arbeidsgiver oppmerksom på fortrinnsretten i forbindelse med søknaden.⁹⁰

For at prosessen skal bli mest mulig effektiv, bør arbeidstakere dermed kreve fortrinnsretten utøvd i forbindelse med søknad på stillingen. Om dette gjøres skriftlig eller muntlig er uten betydning. Samtidig bør arbeidsgiver strekke seg så langt som mulig for å undersøke om noen av søkerne er fortrinnsberettiget, da en manglende påberopelse fra arbeidstaker, ikke i seg selv gir arbeidsgiver anledning til å rettmessig avslå kravet.

3.7 Utvelgelseskriterier ved flere fortrinnsberettigede

Loven regulerer ikke hvilke kriterier arbeidsgiver skal vektlegge dersom det er flere deltidsansatte som er fortrinnsberettiget til én utlyst stilling.

Nemnda har i flere saker måtte forholde seg til slike tilfeller. I en sak fra 2014 anførte arbeidstakeren at hennes fortrinnsrett var forbigått som følge av hennes graviditet.⁹¹

Arbeidsgiveren fastholdt på sin side at graviditeten ikke var vektlagt i totalvurderingen av

⁸⁷ TLN-2007-56

⁸⁸ Arbeidsgiver har etter aml. § 14-1 plikt til å informere sine ansatte om ledige stillinger i virksomheten.

⁸⁹ Vedtak nr. 55/19

⁹⁰ TLN-2007-8

⁹¹ TLN-2014-36

hvem som skulle få utvidet stilling. Nemnda uttalte at det ikke forelå grunnlag for å overprøve arbeidsgivers vurderinger. Til nå finnes det ingen saker hvor nemnda gjør en slik overprøving.⁹²

Utvelgelsen er følgelig tillagt arbeidsgivers styringsrett, noe som betyr at det er allmenne saklighetsnormer⁹³ og forbudet mot diskriminering som oppstiller rammene for hva arbeidsgiver kan vektlegge i utvelgelsen. Det gjenstår dermed å se om nemnda i fremtiden vil foreta en overprøving av arbeidsgivers vurderinger, eller om den vil fortsette å være tilbakeholden.

4 Unntaket om vesentlige ulemper

4.1 Noen utgangspunkter

Fortrinnsretten kan være avskåret dersom utøvelse vil medføre vesentlige ulemper for virksomheten, jf. aml. § 14-3 annet ledd. Bestemmelsen oppstiller følgelig et unntak fra hovedregelen om at kvalifiserte deltidsansatte har rett til utvidelse av sin stilling.

Som ved skjønnsmessige vilkår ellers, gir ordlyden få holdepunkter for det nærmere innholdet i vilkåret. Det oppstilles ingen begrensninger eller krav til hvilke ulemper det må være tale om. Det må altså gjøres en konkret vurdering i hvert enkelt tilfelle. Det som imidlertid kan utledes av ordlyden er at ulempen må være tilstrekkelig kvalifisert, jf. ordlyden «vesentlige». Virkningen av ulempen må følgelig være av en viss betydning for arbeidsgiver.

Departementet påpekte i lovforberedelsen at det var «behov for en sikkerhetsventil som kan avverge urimelige utslag av fortrinnsretten for virksomheten i konkrete tilfeller».⁹⁴ På den måten ønsket lovgiver å ivareta hensynet til arbeidsgiver slik at enhver utøvelse av fortrinnsretten ikke skulle kunne gå på bekostning av virksomhetens behov. Vurderingen av vilkåret beror derfor på en avveining av arbeidstakerens og arbeidsgiverens interesser. Etter svar fra departementet understrekte lovkomiteen i innstillingen at vilkåret imidlertid bare

⁹² Se f.eks. TLN-2007-29 og TLN-2008-22

⁹³ Rt. 2001 s. 418 (s. 427) *Kårstø*. Høyesterett fastslo her at det ved utøvelse av styringsretten stilles krav til saksbehandlingen, at arbeidsgivers avgjørelse må være forsvarlig og ikke bygge på utenforliggende hensyn eller være vilkårlig.

⁹⁴ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 227

unntaksvis kan gjøres gjeldende.⁹⁵ Dermed er bestemmelsen å anse som en snever unntaksbestemmelse.

I odelstingsproposisjonen er det ramset opp eksempler på hva som kan utgjøre vesentlige ulemper. For det første pekes det på at deltidsansatte som krever fortrinn «ikke kan velge seg en brøk/andel av ledig stilling, men må akseptere hele den utlyste stillingen». Det uttales videre at bare dersom stillingen er en mindre stillingsbrøk som kan kombineres med stillingen som arbeidstaker allerede har, kan fortrinnsrett utøves.⁹⁶ I spesialmotivene er det lagt til grunn at bestemmelsen «ikke gir deltidsansatte adgang til å velge å utvide sin eksisterende stillingsbrøk ut fra egne preferanser. En deltidsansatt som gjør fortrinnsrett gjeldende må ta hele den utlyste stillingen.»⁹⁷

Videre oppstilles andre eksempler som kan føre til at vilkåret er oppfylt:

«det kan være nødvendig for virksomheten å ansette flere personer, for eksempel 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 kan føre til ulemper for de øvrige arbeidstakerne, for eksempel i form av at flere av disse får et betydelig innslag av arbeid på ubekvemme tidspunkter (natt- eller søndagsarbeid), fordi det er færre å fordele arbeidet på»⁹⁸ (min kursivering).

Odelstingsproposisjonen peker følgelig på to typetilfeller hvor unntaksvilkåret kan komme til anvendelse. Det første er hvor arbeidsgiver vil bli stående igjen med en reststilling dersom fortrinn utøves, mens det andre omfatter situasjoner hvor arbeidsgiver har behov for økt bemanning. Utover dette gir lovens ordlyd og forarbeidene få holdepunkter på når ulempevilkåret kan gjøre seg gjeldende.

Som nevnt er tilfellene i forarbeidene bare eksempler på når unntaket kan komme til anvendelse, noe som betyr at også andre forhold vil kunne vektlegges i interesseavveiningen. Rettspraksis gir også få holdepunkter om avveiningen. 2016-dommen er den eneste avgjørelsen hvor Høyesterett berører spørsmålet om vesentlige ulemper.⁹⁹ Som nevnt er

⁹⁵ Innst. O. nr. 100 (2004-2005) s. 44

⁹⁶ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 227

⁹⁷ *Ibid.* s. 330

⁹⁸ *Ibid.*

⁹⁹ HR-2016-867-A

dommen i dag mest av rettshistorisk interesse. Det anses imidlertid nødvendig å gjøre rede for den, da den viser hvorfor rettstilstanden er som den er i dag.

4.1.1 2016-dommen og dens forhold til lovendringen

Spørsmålet i 2016-dommen var om saksøker kunne kreve fortrinnsrett til andel av en utlyst stilling. Saksøker var ansatt i 75 % stilling som spesialsykepleier i Oslo kommune. Hun hadde gitt uttrykk for at hun ønsket full stilling, og ba derfor om å bli tatt i betraktning når kommunen lyste ut en stilling på 75 % som spesialsykepleier. Vedkommende ble ikke besatt i stillingen. Hun var ikke tatt i betraktning fordi en stillingsstørrelse på 75 % var en forutsetning for å kunne rekruttere nye søkere. Reststillingen ville være en 25 % helgestilling som det ifølge arbeidsgiver ville være vanskelig å finne kvalifisert personell til.

Ved behandling av tvisten for nemnda ble det konkludert med at ansettelsen var i strid med saksøkers fortrinnsrett. Nemnda kunne ikke se at arbeidsgiver hadde fremlagt dokumentasjon som underbygde problemene knyttet til helgebelastning.¹⁰⁰

Dommen ble avsagt under dissens. To av de tre dommerne som representerte flertallet mente at situasjonen der arbeidstaker ønsker å tre inn i deler av den utlyste stillingen, falt utenfor aml. § 14-3. Denne forståelsen var en annen enn den nemnda hadde lagt til grunn gjennom sin praksis i et tiår. Nemndas praksis hadde vært at disse tilfellene ikke automatisk falt utenfor fortrinnsretten, men at det måtte vurderes konkret hvorvidt den resterende stillingen faktisk ville utgjøre vesentlige ulemper.¹⁰¹ Dommen er følgelig et eksempel på at forvaltningens og domstolenes forståelse av et rettslig spørsmål ikke behøver å være den samme.

Det avgjørende for disse to dommerne ble forarbeidenes uttalelser som stadfester at deltidsansatte ikke kan velge seg en andel av stillingen, men må akseptere hele den utlyste stillingen.¹⁰² Førstvoterende la avslutningsvis til grunn at lagmannsrettens vurdering berodde på feil lovforståelse. Lagmannsrettens avgjørelse bygde på nemndas vedtak i saken. For flertallet i Høyesterett fremsto spørsmålet som så klart at nemndas praksis ikke kunne bli avgjørende, særlig siden det her var tale om et regulært lovtolkningsspørsmål.¹⁰³

Bestemmelsen ble følgelig tolket innskrenkende, slik at fortrinnsretten fikk en snevrere

¹⁰⁰ TLN-2012-56

¹⁰¹ Første vedtak hvor nemnda la dette til grunn var i TLN-2006-18

¹⁰² HR-2016-867-A (avsnitt 84)

¹⁰³ *Ibid.* (avsnitt 92)

rekkevidde sammenlignet med nemndas forståelse. Den tredje dommeren av flertallet, annenvoterende, mente at aml. § 14-3 måtte forstås slik at også ved oppdeling av en stilling må det gjøres en konkret vurdering av ulempene for virksomheten. Dommerens tolkning av forarbeidene tilsa imidlertid at det ikke skal mye til før en slik oppdeling utgjør ulemper i så stor grad at fortrinnsrett ikke kan utøves.¹⁰⁴

Mindretallet på to dommere mente at partene var bundet til nemndas avgjørelse siden søksmålsfristen i henhold til aml. § 17-2 var oversittet. Mindretallet la derfor i tråd med nemndas avgjørelse til grunn at fortrinnsretten var krenket og at saksøkeren følgelig hadde krav på erstatning. Dersom mindretallet hadde vært nødt til å ta selvstendig stilling til spørsmålet om fortrinnsretten, hadde de konkludert med tilsvarende forståelse som annenvoterende.¹⁰⁵

Dommen førte til at fortrinnsretten ble innskrenket, og nemnda ble bundet av Høyesteretts innskrenkende fortolkning av loven. Dette førte til at lovgiver endret aml. § 14-3, slik at fortrinnsretten med virkning fra 1. januar 2019 også gjelder for andel av en utlyst stilling. I forberedelsen til lovendringen sluttet departementet seg til nemndas praksis som fastslo at det også i disse tilfelle må gjøres en konkret vurdering av unntaksvilkåret, men at det stilles «relativt små krav til arbeidsgivers konkretisering av negative virkninger» i disse tilfellene.¹⁰⁶ I spesialmotivene til den nye ordlyden i aml. § 14-3 er det også uttalt at det vil kunne utgjøre en vesentlig ulempe «dersom gjennomføring av fortrinnsrett til bare en del av en stilling innebærer at virksomheten får flere, og ikke færre, deltidsansatte».¹⁰⁷

I det følgende er spørsmålet hva som skal til for at utøvelse av fortrinnsrett vil utgjøre en vesentlig ulempe for virksomheten. Som følge av at øvrige rettskilder sier lite om unntaksvilkåret, blir nemndas interesseavveining den mest tungtveiende rettskilden i denne vurderingen. For å gjøre den neste delen av fremstillingen mest mulig oversiktlig, deles de ulike ulempegrunnlagene inn i hver sine delkapitler. Disse grunnlagene er utpenslet etter å ha lest en rekke vedtak hvor ulempe spørsmålet har vært det avgjørende i saken.

¹⁰⁴ HR-2016-867 (avsnitt 108)

¹⁰⁵ *Ibid.* (avsnitt 136)

¹⁰⁶ Prop. 57 L (2017-2018) s. 14

¹⁰⁷ *Ibid.* s. 41

4.2 Reststillingstilfellene

Med reststilling menes i denne sammenheng de tilfeller der arbeidstaker ønsker inntreden i deler av en utlyst stilling. Ved utøvelse av fortrinnsretten vil arbeidsgiver stå igjen med en reststilling. For å illustrere dette nærmere kan følgende eksempel brukes: en deltidsansatt med stillingsbrøk på 40 % søker på en utlyst 100 % stilling, men ønsker inntreden i kun 60 % for å oppnå status som heltidsansatt. Arbeidsgiver vil følgelig stå igjen med en ubesatt stilling på 40 %.

Som vist til i punktet ovenfor, er rettstilstanden i dag, som følge av lovendringen, at fortrinnsretten også gjelder for andel av en utlyst stilling. Rettstilstanden er altså tilbake til slik den var før 2016-dommen, men nå også i kraft av lovens ordlyd. Derfor er nemndspraksis både før dommen og etter lovendringen av betydning for interesseavveiningen i reststillingstilfellene. I det følgende gjøres det en analyse av nemndas avveining i disse tilfellene.

I sak nr. 90/19 tok nemnda stilling til hvorvidt det utgjorde en vesentlig ulempe for virksomheten at arbeidstaker i 80 % fast stilling på Kommunal Akutt Døgnet post 2 krevde 20 % av to utlyste 75 % stillinger.¹⁰⁸ Disse stillingene var henholdsvis en fast stilling og ett vikariat. Den faste stillingen ble besatt av en intern deltidsansatt, mens vikariatet ble tildelt en ekstern søker. Nemnda slo fast at arbeidsgiver står fritt til å prioritere mellom flere fortrinnsberettigede. Spørsmålet var dermed om arbeidstakeren hadde krav på 20 % av den utlyste vikariatstillingen.

Nemnda påpekte at forarbeidene måtte tolkes slik at en deling av en utlyst stilling som utgangspunkt vil utgjøre en vesentlig ulempe, og at det i disse tilfellene må stilles relativt små krav til konkretisering av negative virkninger for arbeidsgiver. I denne saken slo nemnda enstemmig fast at utøvelse av fortrinnsretten ville utgjøre en vesentlig ulempe. Det ble tillagt vekt at deling av stillingen ville føre til behov for justering av turnuser ettersom de ulike postene var organisert i team med hensyn til pasientsikkerhet, kvalitet og arbeidsmiljø. Det samme gjorde det forhold at flere ansatte hadde særskilte behov for tilrettelegging, noe som igjen førte til vanskeligheter med turnusplanleggingen. Det var også av betydning for nemnda

¹⁰⁸ Vedtak nr. 90/19

at virksomheten ønsket å redusere antallet 50 % stillinger og at det var vanskelig å rekruttere til en eventuell reststilling på 50 %.

Rekrutteringshensynet vektlegges av nemnda også i andre saker hvor arbeidsgiver blir stående med en reststilling.¹⁰⁹

I sak nr. 05/13 kom nemnda til at unntaksvilkåret ikke var oppfylt.¹¹⁰ I denne saken var arbeidstaker ansatt som hjelpepleier i 75 % stilling da det ble utlyst to stillinger på 80,5 % og 79,59 %. Den ansatte ønsket 25 % økning av egen stilling. Arbeidsgiver anførte at utvidelse av stillingen ville føre til vesentlige ulemper, idet en slik økning ikke lot seg gjøre innenfor den fastsatte bemanningsplanen uten å måtte endre på turnusen til samtlige ansatte.

I likhet med sak nr. 90/19 uttalte nemnda at det i slike tilfeller ikke kan stilles strenge krav til konkretisering av negative virkninger for virksomheten. I denne saken hadde imidlertid arbeidsgiveren ikke vist til noen annen ulempe enn det som nærmest enhver ansettelse vil innebære. Det ble også vektlagt at det ikke var anført noen særskilte behov i virksomheten som tilsa vanskeligheter med å endre turnusen.

I sak nr. 116/19 fant nemnda at arbeidstaker ikke kunne kreve 15 % av en utlyst 75 % stilling.¹¹¹ Bakgrunnen var at hun ved utvidelse av stillingen ikke ønsket flere arbeidshelger utover hver tredje helg som hun allerede hadde i sin turnus. Nemnda la vekt på at et av formålene bak fortrinnsretten er å motvirke uønsket deltid. Selv om ansatte kan kreve deler av en stilling, er ikke det ensbetydende med at den ansatte kan velge deler av stillinger på bakgrunn av ønsket arbeidstid. Dessuten sa nemnda at den ikke har kompetanse til å innvilge stillingsutvidelse med en bestemt arbeidstid. Det ble også lagt vekt på at arbeidsgiver hadde gitt arbeidstakeren tilbud om 100 % stilling mot at hun jobbet ytterligere to ekstra helger over en periode på 18 uker. Arbeidsgiver hadde dermed oppfylt sine forpliktelser etter aml. § 14-3. Dette samsvarer med flere tidligere nemndsvedtak.¹¹²

Her ble det altså vektlagt at arbeidsgiver hadde forsøkt å tilby arbeidstakeren utvidet stilling mot at hun påtok seg ytterligere helgevakter. Formålsbetraktninger ble dratt inn, men det avgjørende for at ulempevilkåret var oppfylt var at arbeidstakeren kun ønsket de delene av

¹⁰⁹ Se f.eks. vedtak nr. 69/19

¹¹⁰ TLN-2013-5

¹¹¹ Vedtak nr. 116/19

¹¹² Se vedtak nr. 65/19, TLN-2019-10, TLN-2014-40 og TLN-2009-14

den utlyste stillingen som samsvarte med hennes turnus. Hensynet til de øvrige ansatte fikk også betydning, idet en utøvelse av fortrinnsretten etter arbeidstakerens ønske, ville påføre dem merarbeid. I tillegg oppstiller nemnda en grensdragning for hvor langt fortrinnsretten rekker, altså at arbeidstakere ikke kan ønske seg en bestemt arbeidstid ved utvidelse av stilling.

Sak nr. 20/06 gir også eksempel på at formålsbetraktninger ble trukket inn i interesseavveiningen.¹¹³ Her ønsket arbeidstakeren å utvide sin 50 % stilling til 75 %. Nemnda kom enstemmig til at ulempevilkåret var oppfylt. Det ble lagt vekt på at det generelt ville bli vanskelig å få besatt reststillingen på 15 %, noe som videre ville få konsekvenser for øvrige arbeidstakere. Dessuten mente nemnda at så lave stillinger ville være «vanskelig å forene med et av hovedhensynene bak bestemmelsen» som ifølge forarbeidene er å «styrke kvinner stilling på arbeidsmarkedet og fremme deres reelle muligheter til økonomisk selvstendighet». Her talte altså likestillingshensynet for at ulempevilkåret var oppfylt, og fortrinnsretten måtte følgelig avskjæres.¹¹⁴

Det kan diskuteres hvorvidt nemndas formålsbetraktninger i denne saken er i tråd med lovgivers intensjoner. I forarbeidene uttales det i forbindelse med likestillingshensynet at mange kvinner velger å arbeide deltid, og at det som var frivillig deltidsarbeid kan utvikle seg til å bli ufrivillig deltid.¹¹⁵ Målsettingen bak bestemmelsen er ikke å hindre at deltidsstillinger eksisterer, men å redusere omfanget av uønsket deltidsansatte. I denne saken ble den ansattes ønske om høyere stilling satt til side som følge av at reststillingen ikke ville bidra til å etterleve hovedhensynet bak fortrinnsretten. Hensynet til den aktuelle kvinnen ble dermed tilsidesatt, og bestemmelsens formål ble neppe etterlevd i denne saken.

Avgjørelsene viser hvilke avveininger nemnda gjør når den skal ta stilling til om en reststilling er en vesentlig ulempe. Det som går igjen i flere av avgjørelsene er at det må stilles lavere krav til arbeidsgivers konkretisering eller påvisning av ulemper der utfallet er en gjenværende reststilling. Som nemnda uttalte i sak nr. 05/13 er ikke generelle ulemper tilstrekkelig for at arbeidsgiver kan gis medhold i disse sakene. Arbeidsgiver må kunne påvise

¹¹³ TLN-2006-20

¹¹⁴ Nemnda kom enstemmig til tilsvarende i TLN-2007-13. Flertallet tilsluttet seg også dette i TLN-2008-26, mens mindretallet fant at ulempevilkåret ikke var oppfylt.

¹¹⁵ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 226

konkrete forhold som bekrefter at reststillingen faktisk vil være en urimelig ulempe for virksomheten.

4.2.1 Nærmere om konkretiseringskravet

Gjennomgangen i forrige punkt viser hvordan nemnda pålegger arbeidsgiver en plikt til å konkretisere sine påberopte ulemper. Med konkretisering forstås i denne sammenheng dokumentasjon av de påståtte ulemper. Spørsmålet om konkretisering handler følgelig om hvilken bevisbyrde nemnda pålegger arbeidsgiver.

En konkretiseringsplikt som påhviler arbeidsgiver må anses legitim, da arbeidsgiver står nærmest til å kunne vurdere og dokumentere eventuelle ulemper for virksomheten. Nemnda har imidlertid som forvaltningsorgan plikt til å «påse at saken er så godt opplyst som mulig før vedtak treffes», jf. forvaltningsloven § 17 første ledd. Bestemmelsen kan ikke leses bokstavelig. En slik forståelse av utredningsplikten ville undergravd hensynet til effektivitet i forvaltningen.¹¹⁶ I lys av nemndas domstollignende trekk kan det også argumenteres for at partene i større grad bør ha ansvar for sakens opplysning.¹¹⁷

Som nemnda uttaler må det stilles små krav til konkretiseringen av ulempene i tilfeller hvor arbeidsgiver blir stående igjen med en reststilling. Motsatt innebærer det at konkretiseringskravet er strengere dersom arbeidsgiver påberoper seg andre forhold som ulempe. I det videre er spørsmålet hvorvidt nemnda faktisk oppstiller ulike konkretiseringskrav alt etter hva arbeidsgiver anfører som ulempegrunnlag.

En tvist fra 2007 omhandlet en sykepleier i 50 % stilling som hadde søkt på tre utlyste 50 % stillinger for å få fulltidsstilling.¹¹⁸ Arbeidsgiver hadde utlyst disse stillingene på grunn av et behov for å «styrke bemanningen i arbeidstidsplanen med en person hver helg» og følgelig ble stillingene «derfor utlyst med helgearbeid hver tredje helg».¹¹⁹ Arbeidstakeren ga i søknadsprosessen uttrykk for at hun ikke ønsket ytterligere helgearbeid, da hun i sin nåværende turnus allerede hadde arbeid hver tredje helg. Hun hadde senere sagt seg villig til å ta en ekstra helg i løpet av turnusperioden. Dersom arbeidstakeren fikk fortrinn til stillingen ville det ifølge arbeidsgiver medføre at virksomhetens behov for helgebemanning ikke ville

¹¹⁶ Eckhoff og Smith (2014) s. 265

¹¹⁷ Ifølge tvisteloven § 11-2 annet ledd har partene i sivile saker hovedansvaret for bevisføringen

¹¹⁸ TLN-2007-12

¹¹⁹ *Ibid.*, nemndas bemerkninger, sjette avsnitt

dekkes. Arbeidsgiver ville altså stå igjen med et udekket behov på rundt 25 % hver tredje helg. Det er grunn til å bemerke at vedtaket ble avgjort under dissens, og at det var oppnevnt bransjemedlemmer.

Nemndas flertall stadfester innledningsvis at fortrinnsretten særlig kommer til anvendelse i kvinnedominerte yrker, slik som i den foreliggende sak. Videre slår flertallet fast at ulempevilkåret kan anses opplyst dersom det er nødvendig å ansette flere for å dekke opp helgearbeid, for å unngå konflikt med lovens regler om ukentlig hvile. Etter flertallets vurdering hadde imidlertid ikke arbeidsgiver i tilstrekkelig grad godtgjort at vilkåret var oppfylt. Det ble særlig vektlagt at arbeidsgiver ikke hadde opplyst om antall sykepleiere i samme turnus eller lengden på turnusperioden, og dermed ikke «sannsynliggjort at utøvelse av fortrinnsretten i dette konkrete tilfellet ville føre til brudd på lovens regler om ukentlig hvile». Arbeidsgiverens anførsel kunne derfor bare anses som en generell henvisning til en eksisterende helgeturnus hver tredje helg. Det ble videre uttalt at ulempevurderingen bør gjøres i et mer langsiktig perspektiv. Arbeidsgiver burde følgelig ha opplyst om det ville være mulig å gjøre endringer av arbeidsplaner og oppgavefordelinger med tanke på å øke antall fulltidsstillinger.

Flertallet legger en nokså streng konkretiseringsplikt på arbeidsgiver i denne saken. Følgelig er den et godt eksempel på at nemnda er nokså utfyllende med tanke på hva arbeidsgiver burde ha påvist for at unntaksvilkåret skulle anses oppfylt.

Mindretallet, som besto av en representant fra NHO og en fra KS, mente at ved å gi arbeidstakeren fortrinn, ville de øvrige ansatte måtte redusere sin ukearbeidstid og øke helgearbeidstiden. Videre viste mindretallet til forarbeidenes uttalelser om at fortrinnsretten «ikke gir deltidsansatte adgang til å velge å utvide sin eksisterende stillingsbrøk ut fra egne preferanser» og stadfestet at dette ikke utelukkende relaterer seg til selve stillingsbrøken, men også stillingsinnholdet. Avslutningsvis mente mindretallet at flertallet la hele bevisbyrden på arbeidsgiver uten at aml. § 14-3 oppstiller noen regel om omvendt bevisbyrde.

Mindretallet har rett i at aml. § 14-3 ikke oppstiller omvendt bevisbyrde. Det er imidlertid ikke tvilsomt at nemnda opererer med delt bevisbyrde. Arbeidstakeren må etablere en presumsjon for at vilkårene for fortrinnsrett er oppfylt, mens arbeidsgiver må bevise at

vilkåret om vesentlige ulemper er oppfylt.¹²⁰ En slik forståelse kan dessuten forankres i nemndas standpunkt i andre saker hvor det slås fast at det påhviler arbeidsgiver å godtgjøre at lovens krav til vesentlig ulempe foreligger.¹²¹

Heller ikke i sak nr. 89/09 fant flertallet at arbeidsgiver i tilstrekkelig grad hadde konkretisert ulempene.¹²² En butikkselger i 70 % ønsket full stilling, og hadde søkt på en utlyst 50 % stilling. Arbeidsgiver anførte at det ville være vanskelig å rekruttere til reststillingen på 20 %. Dette ble særlig begrunnet med hvordan arbeidsoppgavene i butikken var fordelt, og at oppfølging av disse ikke ville la seg gjøre i så små stillinger. I sin vurdering vektla nemndas flertall formålet bak § 14-3 om at undersysselsatte skal gis muligheten til å jobbe fulltid. Dessuten fremsto arbeidsgivers anførsel knyttet til rekruttering som for generell da det ikke var vist til konkrete forsøk på rekruttering til en slik stilling. Nemnda uttalte at den fortrinnsberettigede kunne ta et større ansvar med tanke på oppfølgingen av de ulike oppgavene. Mindretallet på sin side mente at ulempevilkåret var oppfylt som følge av at det ville være svært vanskelig å rekruttere til reststillingen.

I sak nr. 67/10 ville arbeidsgiver stå igjen med en reststilling på 35 % dersom fortrinn ble utøvd.¹²³ Den fortrinnsberettigede som var i 75 % stilling ønsket utvidelse til 100 %, og søkte følgelig på en 60 % stilling. Den eksisterende stillingen innebar helgearbeid slik at en utvidelse utelukkende måtte knytte seg til arbeid i ukedagene. Den gjenværende stillingen ville innebære arbeid hver tredje helg i tillegg til én eller to dager i uken. Nemnda kom enstemmig til at virksomheten ville stå igjen med en liten stilling som det var «grunn til å tro» at var vanskelig å fylle. Dette var i seg selv tilstrekkelig for å slå fast at ulempevilkåret var oppfylt.

Både i sak nr. 90/19 (se punkt 4.2.2) og i sak nr. 67/10 var den påberopte ulempen knyttet til den gjenværende reststillingen. I sak nr. 67/10 var det tilstrekkelig for nemnda at det var grunn til å tro at reststillingen ville være vanskelig å fylle. Denne konklusjonen kan ikke sies å bygge på annet enn antagelser om hvilke konsekvenser fortrinnsretten ville få for virksomheten. Konklusjonen i sak nr. 90/19 bygger på et mer fyldig grunnlag, men

¹²⁰ Aune (2009) s. 200

¹²¹ Eksempelvis TLN-2009-26 og TLN-2017-173

¹²² TLN-2009-89

¹²³ TLN-2010-67

konkretiseringskravet er ikke særlig strengt. Det var tilstrekkelig at arbeidsgiver kunne peke på særskilte forhold ved virksomheten som tilsa at ulempevilkåret måtte gjøres gjeldende.

Dersom sak nr. 90/19 og sak. nr. 67/10 sammenlignes med sak nr. 12/07 og sak nr. 89/09, opereres det med en strengere konkretiseringsplikt i de to sistnevnte sakene. I sak nr. 12/07 var det flere mangler ved arbeidsgivers dokumentasjon av ulempen, og i sak nr. 89/09 krevde nemnda at det var gjennomført faktiske handlinger for å underbygge påstanden om vesentlige ulemper. I denne saken pekte dessuten nemnda på forhold som ville avhjelpe arbeidsgivers påståtte problemer.

I sak nr. 02/16 anførte arbeidsgiver at fortrinnsretten ville føre til vesentlige ulemper fordi virksomheten hadde behov for flere ansatte, og at det ville bli vanskelig å ha nok bemanning til ulike tider og ved fravær.¹²⁴ Dessuten anførte arbeidsgiveren at det var hensiktsmessig med flere mindre stillinger for å sikre forsvarlig drift. Flertallet i nemnda slo fast at arbeidsgivers anførsler kun var av generell art, og at ulempene ikke var tilstrekkelig godtgjort. Mindretallet mente at ulempene i tilstrekkelig grad var godtgjort.

Saken viser at også hvor det påståtte ulempegrunnlaget er bemanningsbehov og forsvarlig drift, må det påvises konkret at disse forholdene faktisk gjør seg gjeldende.

Det kan etter dette legges til grunn at den konkretiseringsplikt nemnda oppstiller er mildere hvor reststilling er den anførte ulempe av arbeidsgiver. I disse tilfellene kreves det imidlertid også som oftest noe mer enn bare generelle ulemper. Der det er andre forhold som utgjør det påberopte ulempegrunnlaget, legger nemnda seg på en strengere linje hvor det kreves ytterligere dokumentasjon eller tiltak for at ulempevilkåret kan komme til anvendelse.

4.3 Bemanningshensyn

Arbeidsgivers behov for økt bemanning for å dekke helgearbeid eller for å unngå ubekvem arbeidstid på øvrig personell, er lagt til grunn i forarbeidene som eksempel på når unntaksvilkåret kan gjøre seg gjeldende.¹²⁵ I dette delkapitlet rettes fokus mot nemndas vurdering av bemanningshensynet.

¹²⁴ TLN-2016-2

¹²⁵ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 330

I sak nr. 49/07 hadde en spesialsykepleier i 75 % stilling søkt om utvidet stilling i forbindelse med utlysning av en 75 % stilling.¹²⁶ To av hennes kollegaer hadde også søkt om utvidelse til 100 % på bakgrunn av samme stilling.¹²⁷ Arbeidsgiver anførte at dersom stillingen skulle deles på de tre, ville ikke avdelingen ha tilstrekkelig bemanning til å dekke turnusen. Dessuten tilsa økonomiske forhold at virksomheten ikke kunne opprette flere stillingshjemler. En mulighet var å tilsette sykepleiere i 50 % stillinger for å få turnusen til å gå opp, men slike stillinger ga ikke nok kontinuitet til å utvikle en stabil kompetanse.

Flertallet pekte på forarbeidene som legger til grunn at fortrinn som utgangspunkt kan utøves dersom den utlyste stillingen kan kombineres med stillingen som den ansatte allerede har. En utvidende forståelse av dette måtte tilsi at der flere ansatte krever hver sin andel av den utlyste stillingen, kan fortrinn utøves slik at stillingen samlet sett kombineres med de ansattes eksisterende stillinger. Videre mente flertallet at arbeidsgivers anførsler utgjorde en ulempe, men spørsmålet var hvorvidt ulempen var vesentlig i lovens forstand.

På bakgrunn av sakens opplysninger, fant nemnda at arbeidsgiver hadde belaget seg på at mer enn halvparten av de ansatte måtte være deltidsansatte for at driften skulle gå rundt. En slik varig løsning var uheldig, og måtte være i strid med lovgivers ønsker. Det ville være å strekke forarbeidenes uttalelser for langt, dersom arbeidsgiver gis anledning til en slik organisering. Det ble også lagt vekt på formålet bak fortrinnsretten, herunder reduksjon av uønskede deltidsansatte.

Mindretallet mente at et tilfelle som dette nettopp var en situasjon som unntaksvilkåret tar sikte på å beskytte. Resultatet av utøvelsen av fortrinnsretten ville bli at sykehuset måtte øke grunnbemanningen og dermed sine budsjetter. Det kunne ikke anses som lovgivers intensjon at nemnda skulle kunne pålegge virksomheter økte utgifter.

Dette er ikke den eneste saken hvor nemnda ikke aksepterer at arbeidsgiver benytter unntaksvilkåret for å legitimere bemanningsplaner der største andelen av de ansatte har lavere stillingsbrøker.¹²⁸ I disse tilfellene er heller ikke arbeidsgivers argument om manglende budsjettmidler tilstrekkelig for at nemnda anser unntaksvilkåret som oppfylt.¹²⁹ Videre finnes

¹²⁶ TLN-2007-49

¹²⁷ TLN-2007-47 og TLN-2007-48 ble avgjort under dissens med tilsvarende begrunnelse som i TLN-2007-49

¹²⁸ F.eks. TLN-2010-6, TLN-2010-38 og mindretallet i TLN-2010-49

¹²⁹ Det var tilfellet iblant annet TLN-2007-49 og TLN-2010-38

det også flere saker hvor nemnda vektlegger at flere deltidsansatte har søkt på den samme stillingen i håp om at de sammen kan oppnå en noe høyere stillingsbrøk på bakgrunn av den utlyste stillingen.¹³⁰ I disse sakene ser det ut til at ulempevilkåret vanskeligere kan gjøre seg gjeldende, da arbeidsgiver ikke blir stående igjen med en reststilling. I det følgende vil det imidlertid redegjøres for en sak hvor det var flere fortrinnsberettigede til samme stilling, men hvor ulempevilkåret likevel var oppfylt.

I en tvist fra 2010 mente nemndas flertall at arbeidsgivers problemer med bemanning i helgene, utgjorde en vesentlig ulempe.¹³¹ Arbeidstakeren hadde søkt på en stilling på 75 % med sikte på å utvide sin 75 % stilling til heltid. Hun anførte at tre andre ansatte i 75 % stillinger hadde søkt om utvidelse på 25 % hver, og at det derfor ikke ville bli noen gjenværende reststilling. Arbeidsgiver hadde dessuten ikke tatt hensyn til sykefraværet på arbeidsplassen. Arbeidsgiver uttalte at tidligere hadde fire ansatte fått medhold i nemnda om utvidelse av sine stillinger. Dette hadde økt vaktbelastningen og dessuten hadde ikke arbeidsgiver økonomi til å øke antallet stillinger.

Flertallet fant at en deling av stillingen på de tre arbeidstakerne ville ført til problemer med bemanning i helgene. Det ble vektlagt at de øvrige ansatte var svært kritiske til vaktbelastningen slik den allerede var, og at arbeid mer enn hver tredje helg var uaktuelt. Den høye andelen av deltidsansatte på avdelingen måtte anses bedret gjennom de tidligere vedtakene hvor det var gitt utvidelse av stillingene til fire ansatte. Flertallet innså at det ville være umulig å sikre bemanningen i helgene uten at en del av de ansatte sto i deltidsstillinger.

Mindretallet mente at den utlyste stillingen måtte kunne deles på de tre fortrinnsberettigede. En slik løsning ville være i tråd med formålet bak aml. § 14-3. Mindretallets løsning tilsvarer flertallets løsning i sak nr. 49/07 (se over). Dessuten mente mindretallet at sykehuset måtte foreta ansettelse for å dekke sykefraværet, før hele belastningen ved turnusordningen føres over på arbeidstakerne.

I både sak nr. 49/07 og i saken fra 2010 var det tale om flere ansatte som ønsket utvidede stillinger. Flertallets konklusjon i den første tvisten var at fortrinnsretten i slike tilfeller måtte komme til anvendelse, mens det i den andre ble lagt vekt på at situasjonen var avhjulpet som

¹³⁰ Se f.eks. TLN-2006-18 og TLN-2006-19

¹³¹ TLN-2010-29

følge av at andre tidligere hadde fått medhold i nemnda. At andre arbeidstakere tidligere har fått medhold i nemnda, kan neppe være et argument for at nemnda senere på det grunnlag kan finne at fortrinnsretten må avskjæres. Som mindretallet påpekte var det arbeidsgivers varige organisering av bemanningen som utløste behovet for deltidsansatte. Flertallets betraktninger i saken fra 2010 burde i tråd med flertallet i sak nr. 49/07 innebære krav om omorganisering av driften fremfor at fortrinnsretten skulle vike. Sakene viser at nemnda ikke alltid er like konsekvent i sine avgjørelser.

I tråd med nemndas forståelse av forarbeidene i sak nr. 49/07, taler de beste grunner for at fortrinn innvilges der flere krever hver sin andel av samme utlyste stilling. Bestemmelsens formål om at flest uønskede deltidsansatte skal gis høyere eller full stilling, vil bli best ivaretatt med en slik løsning. Arbeidsgiver vil heller ikke bli stående med en reststilling som er vanskelig å rekruttere til Arbeidsgivers behov for økt bemanning bør dermed komme i annen rekke, etter at de fortrinnsberettigede har fått økte stillinger.

Av andre saker hvor bemanningshensyn gjorde seg gjeldende kan sak nr. 34/13 nevnes.¹³² Her var en frisør ansatt i 50 % stilling på kveldstid ved maskeavdelingen på et teater. Da det ble utlyst en 50 % stilling krevde hun fortrinnsrett. Arbeidsgiver anførte at det var mer hensiktsmessig å ha to frisører i 50 % med hver sin arbeidsuke foran at det skulle være en frisør i 100 % med seks kveldsvakter hver uke.

Nemndas flertall fant at det ikke forelå noen vesentlige praktiske problemer ved å slå sammen de to deltidsstillingene til en heltidsstilling. Formålet bak fortrinnsretten om å redusere antall uønskede deltidsansatte, måtte veie tyngre enn arbeidsgivers behov for fleksibilitet ved sykdom og intensive perioder.

Avveiningen viser hvordan hensynet til arbeidsgivers fleksibilitet måtte vike for hensynet til den ansattes ønske om heltidsstilling.

Mindretallet, på ett medlem, fant at virksomheten ville bli sårbar ved å bare ha en person på jobb hver kveld. Det trekkes frem et eksempel fra 2007 hvor arbeidstiden for de ansatte i maskeavdelingen ble tilrettelagt. Mindretallet forsto sakens dokumenter slik at det ikke bare var ledelsen som ønsket en slik løsning, men også de ansatte ved avdelingen fant det

¹³² TLN-2013-34

formålstjenlig. Hvorfor tidligere tilrettelegging av arbeidstiden anses som relevant er vanskelig å forstå. Flertallets interesseavveining må her være den mest treffende.

I en tvist fra 2017 kom nemnda enstemmig til at ulempevilkåret delvis var oppfylt.¹³³ Det var gjort en rekke nyansettelser i butikken i løpet av året. På bakgrunn av dette krevde arbeidstakeren fortrinnsrett. Arbeidsgiver anførte at butikken var avhengig av seks ansatte på grunn av lange åpningstider. Det samme talte butikkens store varesortiment for, som gjorde det nødvendig at alle deltidsansatte hadde et minimum av arbeidstimer. På denne måten ble kunnskap om produktene opprettholdt. Derfor var det ikke ønskelig eller mulig å redusere antall vakter for noen deltidsansatte.

Nemnda fant at arbeidsgiver ikke i tilstrekkelig grad hadde sannsynliggjort at enhver utvidelse av arbeidstakerens stilling ville føre til vesentlige ulemper for arbeidsgiver. Behovet for minimum seks ansatte, var uten betydning. Av alle ansettelsene som var gjort, var én i strid med arbeidstakerens fortrinnsrett. Nemnda slo videre fast at arbeidstakeren ikke kunne kreve fortrinn til alle nyansettelser som butikken hadde gjort uten at dette samlet sett ville utgjøre en vesentlig ulempe for behovet for et minimum antall ansatte, fleksibilitet ved ferieavvikling og uventet fravær.

Her ble arbeidsgivers behov for fleksibilitet delvis tilsidesatt. Det må imidlertid anses som korrekt at arbeidstakeren ikke kunne kreve fortrinnsrett til samtlige av nye ansettelsler, idet en slik løsning ville skapt problemer for virksomhetens videre drift.

4.4 Hensynet til forsvarlig drift

Hensynet til forsvarlig drift er ofte et argument som påberopes av arbeidsgivere for hvorfor utøvelse av fortrinnsretten vil være en vesentlig ulempe. I tråd med formålet bak unntaksvilkåret må hensynet anses som relevant i interesseavveiningen.

Et eksempel hvor nemndas flertall fant at driftshensyn måtte vektlegges finnes i sak nr. 27/06.¹³⁴ En sykepleier i 75 % stilling på en barneklinnikk, herunder seksjon for nyfødte, søkte på to utlyste 75 % stillinger og tre 50 % stillinger med ønske om å oppnå full stilling. Sykepleieren fikk ikke utvidelse. Arbeidsgiver slo fast at de utlyste stillingene var vurdert og

¹³³ TLN-2017-5

¹³⁴ TLN-2006-27

prioritert med tanke på medisinsk forsvarlig drift. Det ble dessuten påpekt av arbeidsgiver at utvidelse av stillingen for noen ville føre til økt vaktbelastning for andre, noe som kunne gå ut over forsvarligheten. En forsvarlig helgebemanning ville vanskelig kunne gjennomføres med færre ansatte å fordele vaktene på.

På bakgrunn av bestemmelsens formål om likestilling, kom flertallet til at det var uheldig at klinikken hadde utlyst fem deltidstillinger. Dette særlig da likestillingshensynet gjør seg gjeldende i kvinnedominerte yrker slik som i denne saken. Flertallet mente imidlertid at de faktiske omstendighetene i saken tilsa at ulempevilkåret var oppfylt. I vurderingen ble de spesielle oppgavene ved barneklubben vektlagt, og at disse oppgavene tilsa at det måtte tas hensyn til kontinuerlig bemanning av høyt kvalifisert personell. Det måtte dessuten tas hensyn til hvilke følger disse forholdene fikk for de ansatte. Det avgjørende for flertallet ble i all hovedsak arbeidsgivers anførsel om at hensynet til medisinsk forsvarlig drift ikke ga rom for å gi sykepleieren utvidet stilling. I tillegg var det relevant at de utlyste stillingene inngikk i en vaktplan som var utarbeidet i samråd med de tillitsvalgte.

Mindretallet kunne vanskelig se at medisinsk- og pleieforsvarlige hensyn tilsa at det ikke kunne vært lyst ut fem deltidstillinger samtidig som den ansatte kunne få utvidelse av sin stilling. En slik løsning ville ikke endre på det totale arbeidsomfanget, og heller ikke få betydning for spørsmålet om omfanget av ubekvemme vakter, da det ville være det samme antall å fordele vaktene på. Derfor fant mindretallet at argumentet om at økt stillingsstørrelse ville medføre økt vaktbelastning for øvrige ansatte som irrelevant. Det ble videre påpekt at utvidelse av stillingen ville styrke sykepleietjenesten, da hun var erfaren og hadde kjennskap til pasientgruppen, rutinene og faglige standarder, noe som også ville styrke driftens forsvarlighet.

Nemndas flertall kom til motsatt resultat i sak nr. 03/08.¹³⁵ Her hadde en sykepleier i hjemmetjenesten ikke fått utvidet sin 60,33 % stilling etter å ha søkt på to stillinger med omfang på 56,81 % og 44,13 %. I enheten var det fire sykepleiere som hadde stillingsbrøk på 100 % av totalt 320 ansatte fordelt på 170 årsverk. Det var dessuten lav bemanning av sykepleiere i kommunen, og problemer med å få søkere til sykepleierstillinger. Av hensyn til forsvarlig sykepleierdekning i helger, ferier og ved fravær, ønsket ikke arbeidsgiver å dele

¹³⁵ TLN-2008-3

opp stillingene. Arbeidsgiver hadde også foreslått alternative løsninger som ville bidra til å øke den ansattes stilling, herunder vakter i en vikarpool samt noe reduksjon av de utlyste stillingene for å kunne øke hennes stilling til 66,43 %. Det var også anført at sykepleiere var en yrkesgruppe hvor kommunen møtte utfordringer med tilsetning i helgestillinger og vikariater. I tillegg var dette utfordrende som følge av pålegg om definert sykepleieransvar på hver vakt.

De anførte forholdene ble ikke ansett for å utgjøre vesentlige ulemper. Nemndas flertall mente at de grunnene arbeidsgiver hadde anført, var generelle ulemper som gjør seg gjeldende overalt i helsevesenet. Det ble også tillagt vekt at kommunen hadde svært mange deltidsstillinger sammenlignet med antall heltidsstillinger. En organisering med flere fulltidsstillinger måtte være mulig uten å ramme tjenestetilbudet og uten økte økonomiske forpliktelser.

Mindretallet, som besto av ett medlem, mente at de to stillingene som var utlyst var et produkt av at kommunen forsøkte å samle små stillinger til store stillinger for å motvirke driftsproblemene som følge av lav sykepleierdekning. Mindretallet mente forarbeidene må tolkes slik at en deling av stillingen ville utgjøre en vesentlig ulempe. En oppdeling for å skjøte på eksisterende stillinger gjennom fortrinnsrett, ville av driftsmessige årsaker også føre til en konsentrasjon av små stillinger som det var vanskelig å besette. Det måtte også vektlegges at kommunen gjennom driftsmessige grep hadde tilbudt en viss utvidelse av stillingen.

I sak nr. 65/10 hadde en psykiatrisk sykepleier i 80 % nattstilling søkt på en utlyst dag-og aftenstilling.¹³⁶ Den utlyste stillingen hadde et omfang på 75 %, og sykepleieren ønsket 15 % av denne. Bakgrunnen for at han ikke fikk stillingen, var at stillingen på 15 % ville være for liten til å kunne brukes i et behandlingsteam. Som følge av at behandlingsforløpet ofte var ganske kort måtte behandlingsteamet bli raskt kjent med pasientene. Dessuten pekte arbeidsgiver på at det alltid burde være en sykepleier fra temaet tilstede på vakt, noe som innebar at teamsykepleierne ikke burde ha samme turnus. I tillegg var arbeidstakeren blitt tilbudt utvidet nattestilling med 9,4 %, under forutsetning av at han kunne ha arbeidshelg fem av tolv helger i sin turnus.

¹³⁶ TLN-2010-65

Nemnda kom enstemmig til at ulempevilkåret var oppfylt. Det ble lagt vekt på at inndelingen i behandlingsteam med ulik turnus innad i teamet var nødvendig av hensyn til pasientens behov for kontinuitet. Nemnda fant dessuten ikke grunn til å tilsidesette arbeidsgiverens anførsel om at en stilling som utgjorde 15 % dag og aften, ikke ville kunne ivareta den kontinuiteten som var nødvendig for kvaliteten i behandlingen. Dessuten ble det lagt noe vekt på arbeidsgivers vilje til å imøtekomme kravet.

Sakene viser hvordan hensynet til driften ofte henger sammen med de tilfeller hvor arbeidsgiver blir stående igjen med en reststilling. Det vil ved slike reststillinger kunne oppstå inngrep i strukturen på arbeidsplassen som vil føre til endringer som arbeidsgiver mener vil gå utover forsvarligheten av driften. Også i disse tilfellene er det avgjørende for nemnda ofte hvorvidt ulempene for driften er tilstrekkelig konkretisert.

I sak nr. 27/06 fant flertallet på bakgrunn av arbeidsoppgavenes særpreg ved barneklirikken, at det ville føre til urimelige utslag for virksomheten dersom fortrinn ble utøvd. I nemndas interesseavveining ble driftshensynet følgelig ansett mer tungtveiende enn likestillingshensynet som begrunner fortrinnsretten. Flertallet i sak nr. 03/08 mente imidlertid at ulempene var av generell art som alltid vil forekomme i bransjen, mens ulempene i sak nr. 65/10 var tilstrekkelig konkretisert. Det kan diskuteres hvorfor hensynet til forsvarlig drift sto sterkere i 2006 og 2010 enn i 2008-saken, da alle omhandlet sykepleieryrket. Arbeidsoppgavene i henholdsvis hjemmetjenesten, på en barneklirik og i akuttpsykiatrien er riktignok av ulik art, men medisinsk- og pleieforsvarlige hensyn samt behovet for kontinuitet gjør seg gjeldende alle stedene.

De øvrige momentene som ble vektlagt i sakene, var av noe ulik karakter. I sak nr. 27/06 var det av betydning at de tillitsvalgte hadde medvirket i utarbeidelsen av vaktplanen. Det kan diskuteres hvor stor betydning slik medvirkning kan tillegges i spørsmålet om hvorvidt fortrinnsretten kan avskjæres. At tillitsvalgte har godkjent en vaktplan er ikke ensbetydende med en godkjennelse om at fortrinnsretten må avskjæres. Dette kan neppe i seg selv være tilstrekkelig for å konkludere med at ulempevilkåret er oppfylt.

Videre var det i sak nr. 65/10 og i sak nr. 03/08 vektlagt at arbeidsgiver hadde utvist vilje til å imøtekomme arbeidstakeren. Dette ble ansett som relevant i saken fra 2010, mens i saken fra 2008 fikk det ikke betydning for nemndas konklusjon. Dette gir også eksempel på at nemnda

ikke alltid er konsekvent med tanke på hvilke ulike momenter som anses relevant og videre hvilken vekt de relevante momenter tillegges.

4.5 Arbeidstakers forhold

I det følgende vurderes det hvordan nemnda forholder seg til de tilfeller hvor arbeidsgiver anser forhold hos arbeidstakeren som grunnlag for at unntaksvilkåret må komme til anvendelse.

I en sak fra 2014 slo nemnda enstemmig fast at arbeidstakerens sykefravær er relevant i ulempevurderingen.¹³⁷ Saken omhandlet en bioingeniør som var ansatt i 60 %. Hun hadde søkt på utlyste stillinger og ønsket utvidelse til 80 %. Begrunnelsen for avslaget var at hun var sykemeldt og at arbeidsgiver derfor var usikker på hennes arbeidskapasitet. Dessuten hadde arbeidsgiver et umiddelbart behov for tiltredelse som følge av arbeidsmiljøet og en utfordrende bemanningssituasjon. Nemnda anså sykefraværet som et relevant moment, men at det ikke var tilstrekkelig sannsynliggjort at hun ikke ville fungere i en høyere stillingsbrøk snarlig. Det ble videre vektlagt at de utlyste stillingene på totalt 120 % kunne vært fordelt på flere ansatte, noe som burde gjort det enklere for arbeidsgiver å «tilrettelegge for utøvelse av fortrinnsrett uten vesentlig ulempe».¹³⁸

I sak nr. 55/19 hadde den 20 % ansatte søkt på en utlyst 100 % stilling for å få utvidet til full stilling.¹³⁹ Arbeidsgiver anførte blant annet at det ville være en vesentlig ulempe å utvide stillingen som følge av hennes tidligere fravær. Fraværet førte til driftsmessige utfordringer, da det var vanskelig å skaffe vikarer.

Nemndas flertall slo fast at arbeidstakerens sykefravær ikke utgjorde en vesentlig ulempe. Bakgrunnen for standpunktet var at det ikke var godtgjort at den ansatte ville ha et stort fravær fremover. Det ble herunder vektlagt at arbeidstakers helsetilstand var forbedret. Mindretallet mente at arbeidstaker ikke var kvalifisert til stillingen på grunn av hennes helseforhold. I denne vurderingen ble det lagt vekt på at forarbeidene slår fast at det ved vurderingen av kvalifikasjonskravet blant annet skal ses hen til vedkommendes personlige forutsetninger.

¹³⁷ TLN-2014-23

¹³⁸ TLN-2014-23, tvisteløsningsnemndas merknader, femte avsnitt

¹³⁹ Vedtak nr. 55/19

Sak nr. 08/16 er eksempel på et tilfelle hvor nemnda fant at helsetilstanden til den ansatte utgjorde en vesentlig ulempe.¹⁴⁰ Den ansatte hadde 50 % stilling som sykepleier i tredelt turnus, som vil si arbeid dag, aften og natt. Hun var i tillegg ansatt i en 20 % stilling som sekretær for kommuneoverlegen. Da hun etter en sykemeldingsperiode kom tilbake i stillingen som sykepleier, ble turnusen hennes tilrettelagt slik at hun ikke hadde nattarbeid. Dette ble gjort på bakgrunn av anbefalinger fra hennes lege. Senere ble det utlyst stillinger ved hennes avdeling, hvor det var presisert at stillingene var organisert i tredelt turnus. Den deltidsansatte søkte med ønske om å utvide sin 50 % stilling til en 70 % stilling. Arbeidsgiver anførte for nemnda at utøvelse av fortrinn utgjorde en vesentlig ulempe, da både arbeidstakeren og hennes lege hadde uttrykt at hun ikke kunne arbeide i en tredelt turnus som følge av helsetilstanden.

Flertallet mente at utgangspunktet var at arbeidstaker må godta innholdet og arbeidstiden i den utlyste stillingen. På grunn av arbeidstakerens kroniske helseplager ville hun være forhindret fra å arbeide i den tredelte turnusen som var utlyst. Følgelig var ulempevilkåret oppfylt. Mindretallet, som besto av ett medlem, mente at den ansatte hadde rett til fortrinn. Det ble herunder uttalt at «det i dette tilfellet er snakk om ulemper knyttet til tilrettelegging av arbeidstid, noe arbeidsgiver etter loven langt på vei er forpliktet til å gjøre, jf. arbeidsmiljøloven § 4-6». Mindretallet fastholdt også at dersom den ansattes helsetilstand ville diskvalifisere henne fra fortrinnsrett ville dette kunne være i strid med forbudet mot diskriminering på grunn av nedsatt funksjonsevne.¹⁴¹

At sykefravær dras inn som relevant, og i noen tilfeller som avgjørende moment i ulempevurderingen kan være betenkelig. Dersom sykefravær regnes som et legitimt argument som kan vektlegges i vurderingen, vil deltidsansatte ikke nødvendigvis stille på like vilkår som øvrige søkere. Aml. § 9-3 stiller nokså strenge krav til når arbeidsgiver kan innhente opplysninger om søkeres helseforhold i en ansettelsesprosess. Dermed vil arbeidsgiver ikke i like stor grad kjenne til eksterne søkeres helsetilstand sammenlignet med interne deltidsansatte. Helsetilstanden til den deltidsansatte vil følgelig kunne føre til tap av utvidet stilling. Dette vil som mindretallet påpekte i sak nr. 08/16 kunne komme i konflikt med forbudet mot diskriminering på grunn av funksjonsnedsettelse, jf. likestillings- og

¹⁴⁰ TLN-2016-8

¹⁴¹ TLN-2016-8, nemndas bemerkninger, avsnitt 4

diskrimineringsloven¹⁴² § 6 første ledd. Samtidig er det svært vanskelig for arbeidsgivere å se bort fra slike forhold som følge av kjennskap til arbeidstakeren. Derfor må det i slike tilfeller være svært viktig at saken drøftes med arbeidstakeren. I tillegg bør tilretteleggingshensynet stå sentralt, slik at den ansattes ønske om utvidet stilling kan la seg realisere.

Et annet moment som nemnda har vektlagt er samarbeidsproblematikk. I sak nr. 28/06 var arbeidstakeren ansatt som kommunelege med et omfang på 14 timer i uken.¹⁴³ Da det ble utlyst en 100 % stilling som kommunelege søkte vedkommende på denne, men han ble ikke tilsatt i stillingen. I ulempevurderingen sa nemnda at samarbeidsproblemer og motsetningsforhold er eksempler på relevante momenter i denne vurderingen. Nemnda fant at det ikke var nødvendig å vurdere arbeidstakerens kvalifikasjoner, da det ville være tilstrekkelig å foreta en ulempevurdering. I interesseavveiningen ble det særlig vektlagt at stillingen som klager hadde søkt på stilte store krav til samarbeidsvilje, aktiv medvirkning samt oppfølging av vedtatte helsepolitiske beslutninger. Det motsetningsforholdet som hadde oppstått mellom klager og kommunens administrasjon ville med all sannsynlighet vedvare, og ble derfor også vektlagt av nemnda. Herunder ble det pekt på klagers håndtering av faglige uenigheter som medvirkende grunn til disse motsetningsforholdene. Dessuten var det av betydning for nemnda at det var snakk om en liten kommune med korte kommunikasjonslinjer og at klager tidligere hadde fått tilbud om fastlegeavtale med kommunen.

Det avgjørende for nemnda her er subjektive forhold hos arbeidstakeren, herunder samarbeidsproblemer og motsetningsforhold. Som nevnt tidligere har Høyesterett akseptert at personlige forutsetninger inngår som en del av kvalifikasjonsvurderingen.¹⁴⁴ Det er derfor interessant hvordan nemnda her hopper over kvalifikasjonsvurderingen og vektlegger arbeidstakerens personlige forutsetninger i interesseavveiningen. Følgelig blir skillet mellom kvalifikasjonsvilkåret og ulempevilkåret ikke like klart. Tilsvarende gjøres av nemnda i andre saker.¹⁴⁵ Det kan stilles spørsmål ved om nemnda i disse sakene ikke tørr å ta stilling til kvalifikasjonskravet og finner det lettere å vektlegge slike forhold i den skjønsmessige vurderingen. Dette kan føre til at ulempevilkåret brukes for å hindre at ansatte som

¹⁴² Lov 16. juni 2017 nr. 51 om likestilling og forbud mot diskriminering

¹⁴³ TLN-2006-28

¹⁴⁴ Rt. 2003 s. 1754 (avsnitt 25)

¹⁴⁵ TLN-2015-19

arbeidsgiver ikke liker så godt får utvidet sin stilling. Det vil følgelig kunne skape muligheter for å omgå fortrinnsretten. Dersom nemnda skal kunne konkludere med at slike forhold oppfyller ulempevilkåret, bør det uansett stilles svært strenge krav til arbeidsgivers dokumentasjon.

I andre saker hvor liknende forhold har blitt anført, har nemnda ikke godtatt at fortrinnsretten avskjæres. I en sak fra 2018 fikk arbeidstakeren ikke fortrinnsrett, som følge av flere avvik ved den ansattes utførelse av jobben.¹⁴⁶ Nemnda kom enstemmig til at arbeidsgiver måtte trekke de arbeidsrettslige konsekvenser av den ansattes utførelse av jobben. Suspensjon av fortrinnsretten er ikke å anse som en slik konsekvens. En slik vurdering må anses mer treffende, da det er andre regler i loven, slik som oppsigelse, som gjør seg gjeldende i tilfeller som dette. Høyesterett har tidligere slått fast at samarbeidsproblemer kan være saklig grunn for oppsigelse.¹⁴⁷ Suspensjon av fortrinnsretten bør heller ikke brukes som et alternativt middel der forholdene ikke er tilstrekkelig tungtveiende til at oppsigelse kan skje.

4.6 Arbeidsgivers vilje

Forhold på arbeidsgivers side trekkes også i flere saker inn av nemnda i interesseavveiningen som et relevant moment.

I en sak fra 2009 hadde en sykepleier søkt på 25 % av en utlyst stilling på totalt 60 %.¹⁴⁸ Arbeidsgiver ville ved utøvelse av fortrinnsretten stå igjen med en stilling på 35 %, noe som ville føre til vanskeligheter med gjennomføring av helgeturnusen. Nemndas flertall kom til at arbeidsgiver ikke hadde gjort konkrete forsøk på å overkomme vanskelighetene som utøvelse av fortrinnsretten vil medføre. Det ble særlig lagt vekt på at arbeidsgiver ikke hadde vurdert å fordele reststillingen på to andre kvalifiserte deltidsansatte som også hadde søkt om utvidelse av sine stillinger. Ulempevilkåret var derfor ikke oppfylt. Mindretallet la større vekt på hensynet til virksomheten, og fant at enheten allerede hadde problemer med å dekke helgevakter som følge av manglende budsjettmidler. Dessuten hadde enheten tre ubesatte vikariater i tillegg til stort sykefravær.

¹⁴⁶ TLN-2018-3

¹⁴⁷ Se f.eks. Rt. 2001 s. 1362

¹⁴⁸ TLN-2009-26

Nemnda delte seg også i sak nr. 50/10.¹⁴⁹ Flertallet fant at en utvidelse på 25 % vanskelig kunne kombineres med arbeidstakerens nåværende turnus, da helgebelastningen ville gå utover de øvrige ansatte. Det ble lagt vekt på at arbeidsgiver hadde vist vilje til å utvide stillingsandelene til de deltidsansatte som ønsket det. Dessuten var det foreslått en turnusendring som ikke var ønskelig fra de ansattes side. Stillingen kunne derfor etter flertallets vurdering ikke tildeles uten at det ville føre til vesentlige ulemper. Mindretallet, på ett medlem, mente at arbeidsgiver ikke i tilstrekkelig grad hadde godtgjort at ulempevilkåret var oppfylt, og at den påberopte ulempe var av generell art.

Sakene viser hvordan flertallet og mindretallet legger vekt på ulike momenter i sin interesseavveining. I saken fra 2009 la flertallet vekt på at arbeidsgivers faktiske tiltak for å overkomme negative virkninger ikke hadde vært gode nok. Mindretallet mente på sin side at arbeidsgiver hadde dokumentert vesentlige ulemper. I saken fra 2010 var resultatet motsatt. Flertallet mente at arbeidsgiver hadde tatt tilstrekkelig grep for å overkomme eventuelle ulemper, men at det uansett ville oppstå vesentlige ulemper ved utøvelse av fortrinn. Mindretallet på sin side fant at arbeidsgivers påberopte ulempe ikke var tilstrekkelig bevist.

Det avgjørende for flertallet i begge sakene var hvilke faktiske tiltak arbeidsgiver hadde gjort for å overkomme ulemperne ved utøvelse av fortrinnsretten. Mindretallet tilsluttet seg i begge sakene betydningen av tilstrekkelig konkretisering av ulemper. Bevis hensynet var altså avgjørende for mindretallets konklusjon. Sakene viser hvordan arbeidsgivers vilje til å hindre at vesentlige ulemper oppstår og hensynet til tilstrekkelig dokumentasjon av vesentlige ulemper (jf. punkt 4.2.1) ofte henger tett sammen.

I sak nr. 42/09 ville utøvelse av fortrinnsrett medføre at arbeidsgiver ble sittende igjen med en reststilling på 50 %.¹⁵⁰ Denne kunne imidlertid fordeles mellom totalt fire deltidsansatte som alle hadde gjort fortrinnsrett gjeldende. En slik deling ville ifølge arbeidsgiver utgjøre en vesentlig ulempe, da helgebelastningen på de øvrige ansatte ville bli større. Dessuten var de øvrige ansatte blitt spurt om de kunne jobbe flere helger slik at kollegaene kunne få økt sin prosent. Det var det ikke interesse for. Enstemmig kom nemnda til at det ikke forelå vesentlige ulemper ved utøvelse av fortrinnsretten. Det ble lagt vekt på at arbeidsgiver i svært beskjeden grad hadde gjort konkrete forsøk på å overkomme vanskelighetene. Det måtte

¹⁴⁹ TLN-2010-50

¹⁵⁰ TLN-2009-42

kreves mer av arbeidsgiver enn bare å forespørre andre ansatte om de var villige til å jobbe flere helger.

Denne saken og sak nr. 26/09 (se over) viser at nemnda pålegger arbeidsgiver en strengere plikt til å overkomme ulempene dersom det er flere kvalifiserte fortrinnsberettigede til en stilling. I disse tilfellene vil formålet bak aml. § 14-3 oppfylles ved at deltidsansatte oppnår økt eller full stilling, samtidig som at arbeidsgiver ikke står igjen med en reststilling som vil være vanskelig å besette. En praksis hvor arbeidsgiver unngår å gi deltidsansatte utvidet stilling i slike tilfeller, vil fort være i strid med formålet bak fortrinnsretten og med forarbeidenes uttalelser om at ulempevilkåret bare unntaksvis skal gjøre seg gjeldende.

4.7 Kravet til drøftelse

Følgende fremgår av aml. § 14-3 tredje ledd: «før arbeidsgiver fatter beslutning om ansettelse i stilling som arbeidstaker krever fortrinnsrett til, skal spørsmålet så langt det er praktisk mulig drøftes med arbeidstaker, med mindre arbeidstaker selv ikke ønsket det». I forarbeidene er det påpekt at det som blant annet skal drøftes er vilkåret om vesentlige ulemper.¹⁵¹

Vilkåret «så langt det er praktisk mulig», må forstås strengt. Unnlatt drøfting vil kunne godtas dersom det er forhold på arbeidstakerens side som begrunner dette, slik som for eksempel manglende ønske om møte.¹⁵² Dersom arbeidstaker ikke møter opp uten å ha gyldig fravær, vil det kunne få betydning for arbeidsgivers «vurdering av fortrinnsretten dersom det fører til at arbeidsgiver ikke får avklart spørsmål knyttet til for eksempel kvalifikasjoner eller plassering av arbeidstid».¹⁵³ At arbeidsgiver ikke får kartlagt dette kan neppe i seg selv være tilstrekkelig grunn for å avslå et krav om fortrinnsrett. Som vi har sett er det vilkårene i aml. § 14-3 som oppstiller skrankene for fortrinnsretten. Det vil imidlertid kunne argumenteres for at unnlatt oppmøte kan anses som manglende samarbeidsvilje og følgelig inngå som et av flere momenter i ulempevurderingen.

I flere nemndssaker har manglende drøftelse blitt dratt inn som relevant moment i nemndas interesseavveining. I det følgende trekkes det frem noen eksempler på dette.

¹⁵¹ Prop. 83 L (2012-2013) s. 85

¹⁵² *Ibid.*

¹⁵³ *Ibid.*

Sak nr. 82/19 omhandlet en butikkmedarbeider i fast deltidsstilling med et omfang på 15 timer per uke. Arbeidsgiver hadde foretatt flere ansettelse uten at dette var blitt drøftet med den ansatte. Butikkmedarbeideren hadde ytre ønske om utvidet stilling uten at han, og oppfattet arbeidsgiverens ny ansettelse som en forbigående av hans fortrinnsretten. I interesseavveiningen ble det lagt vekt på at det ikke forelå noe avslag eller begrunnelse for hvorfor arbeidstakeren ikke fikk utvidelse av stillingen. Det ble også vektlagt at det ikke var foretatt drøftelser i henhold til aml. § 14-3 tredje ledd. Fortrinnsretten var dermed forbigått.¹⁵⁴

I sak nr. 27/15 var tilfellet at en sykepleier i 75 % stilling hadde søkt på to utlyste 50 % stillinger for å øke egen stilling til 100 %. De to utlyste stillingene inneholdt arbeidshelg fem av tolv helger i året. Sykepleierens eksisterende stilling inneholdt jobb hver tredje helg, noe som ifølge arbeidsgiveren ikke kunne kombineres med de utlyste stillingene med hensyn til stillingsstørrelse og helgebelastning. Dersom sykepleierens stilling ble utvidet uten tilsvarende økning i antall helgevakter, ville arbeidsgiver stå igjen med en stilling på 25 % med arbeid fem av tolv helger. Dette var en stilling det var svært vanskelig å rekruttere til. Arbeidstakeren påstod at drøftingsmøte ikke var avholdt. Denne påstanden ble ikke imøtegått av arbeidsgiver, og dermed la nemndas flertall arbeidstakerens påstand til grunn. Det ble ansett som uheldig at drøfting ikke var skjedd, da dette kunne bidratt til å avklare om den ansatte var villig til å arbeide flere helger. Som følge av at arbeidsgiver ikke hadde gjort mer for å tilpasse turnusen, herunder gjennomført drøftinger med arbeidstakeren, fant nemnda at det ikke forelå noen relevant ulempe i saken. Saken viser at arbeidstakerens pretensjon om manglende drøftelser ble lagt til grunn som et relevant moment i avveiningen.

I sak nr. 33/15 fant også nemndas flertall det avgjørende ved vurderingen av vesentlige ulemper at drøftelser ikke var gjennomført.¹⁵⁵ Saken omhandlet en hjelpepleier i 60 % stilling som søkte på tre ledige stillinger med ulike stillingsbrøker. Hun fikk avslag på alle søknadene med den begrunnelse at oppdeling av stillingen ville føre til brudd på arbeidsmiljøloven på grunn av antallet helger på jobb. En oppdeling av stillingen ville medføre flere stillinger med helgevakter som ville være vanskelig å besette.

Flertallet fant det uheldig at arbeidsgiver bare hadde gjennomført generelle drøftinger med tillitsvalgte og verneombud, og ikke individuelle drøftinger med arbeidstakeren. Det ble

¹⁵⁴ Vedtak nr. 82/19

¹⁵⁵ TLN-2015-33

vektlagt at det gjennom drøfting kunne blitt avklart om arbeidstakeren var villig til å arbeide flere helger og dermed bidra til å redusere helgeb belastningen i den eventuelle reststillingen. Nemndas forståelse av drøftingsplikten i aml. § 14-3 tredje ledd må anses som korrekt, da ordlyden uttrykkelig slår fast at spørsmålet om fortrinnsrett skal drøftes med arbeidstaker. Mindretallet vektla at den ansatte allerede jobber hver tredje helg, og at hun derfor ikke kunne jobbe alle de helgevaktene som inngår i den ønskede stillingsbrøken. Mindretallet fant dermed den manglende drøftingen for å være uten betydning for resultatet, og konkluderte med at fortrinnsretten utgjorde en vesentlig ulempe for arbeidsgiver.

I disse tre sakene fremstår hensynet til drøftelse som et svært relevant moment i nemndas avveining. Arbeidsgivere vil følgelig i større grad kunne overbevise nemnda om at ulempevilkåret er oppfylt dersom det kan vises til at drøftelsesmøte etter § 14-3 tredje ledd er avholdt. Det finnes imidlertid tilfeller hvor nemnda ikke har ansett manglende drøftelser som like relevant for sin avgjørelse.

Sak nr. 28/15 er et eksempel på nettopp dette.¹⁵⁶ Saken omhandlet en hjelpepleier i 50 % stilling i hjemmetjenesten, en stilling som innebar arbeid hver tredje helg. Arbeidsgiver hadde anført at det ville utgjøre en vesentlig ulempe dersom man delte opp en 50 % stilling. Dette ble begrunnet med at det var vanskelig å rekruttere til mindre stillingsbrøker. I tillegg ville de utlyste stillingene ikke la seg kombinere med eksisterende stillinger fordi helgearbeidet ikke ville være forenlig med turnusen. Spørsmålet for nemnda var om den ansatte hadde fortrinnsrett til deler av fire utlyste 50 % stillinger. Nemnda kom enstemmig til at en oppdeling av stillingene ville få uheldige konsekvenser av driftsmessige årsaker, herunder hensynet til turnusplanen og for å sikre forsvarlig drift. Det ville følgelig utgjøre vesentlige ulemper dersom arbeidstakeren utøvde fortrinnsrett. Nemnda uttalte kort at det ikke var opplyst hvorvidt individuelle drøftinger var skjedd, og bemerker at eventuelle brudd på drøftingsplikten er uheldig.

Det kan stilles spørsmål ved hvorfor nemnda i denne saken ikke gjorde tiltak for å skaffe tilstrekkelige opplysninger om hvorvidt drøftingsmøte var avholdt. Manglende drøfting synes i de tre førstnevnte sakene å være avgjørende eller en sentral del av begrunnelsen for hvordan nemnda konkluderer i spørsmålet om vesentlige ulemper. Dessuten spiller det en viktig rolle

¹⁵⁶ TLN-2015-28

for nemnda om drøftingsmøte er avholdt, da et slikt møte sier noe om arbeidsgivers villighet til å minske eventuelle ulemper fortrinnsretten vil ha for virksomheten. Det vil også kunne være lettere for en arbeidstaker å godta at utøvelse av fortrinnsretten vil få urimelige utslag for virksomheten, dersom disse er presentert for arbeidstaker gjennom et drøftingsmøte.

5 Avsluttende bemerkninger

Avhandlingen har tatt sikte på å analysere nemndas interesseavveining under vurderingen av unntaksvilkåret om vesentlige ulemper i aml. § 14-3 annet ledd. Denne interesseavveiningen er avgjørende for hvorvidt fortrinnsretten anses forbigått eller ikke. Gjennomgangen over viser hvordan dette ofte er en kompleks avveining som består av flere ulike momenter. Den mest typiske situasjonen er der arbeidsgiver blir stående igjen med en reststilling, noe som igjen skaper problemer med tanke på rekruttering, behov for økt bemanning og hensynet til forsvarlig drift. I disse tilfellene er det svært ofte virksomhetens organisering og arbeidsgivers planlegging av arbeidstiden, som begrunner hvorfor arbeidsgiver påberoper seg unntaksvilkåret. Selv om det i flesteparten av sakene er flere momenter som blir vektlegges i avveiningen, finnes det også tilfeller hvor det utelukkende er ett moment som fører nemnda frem til deres konklusjon.

I andre saker ser man at nemnda legger vekt på andre momenter enn de som fremgår av forarbeidene, som for eksempel arbeidstakerens forhold, arbeidsgivers vilje og drøfting etter aml. § 14-3 tredje ledd. Forarbeidene er dermed bare veiledende for hvilke forhold som kan begrunne at det foreligger vesentlige ulemper.

De bærende formål bak fortrinnsretten for deltidsansatte er hensynet til likestilling og reduksjon av ufrivillig deltidsansatte. Som vi har sett varierer det hvilken vekt formålsbetraktninger tillegges i nemndas interesseavveining. I noen saker legger nemnda så stor vekt på formålene at ulempevilkåret av den grunn ikke kan anses oppfylt. I andre saker legges det ikke vekt på formålsbetraktninger i det hele tatt. Dessuten finnes det også eksempler på saker hvor likestillingshensynet brukes som argument for hvorfor fortrinnsretten i den konkrete sak må avskjæres. Vekten av formålsbetraktninger er følgelig varierende fra sak til sak.

Flere av de gjennomgåtte sakene som endte med dissens viser tydelig skillet mellom arbeidstaker- og arbeidsgiversiden i nemnda. I disse vedtakene som avgjøres under dissens er det som oftest nemndas leder som avgjør hvorvidt arbeidstaker får medhold eller ikke. Arbeidsgiver- og arbeidstakersiden vil ofte mene at unntaksvilkåret er eller ikke er oppfylt, alt etter hvilken konklusjon som støtter deres side. I slike tilfeller vil ikke nødvendigvis prøvingen av fortrinnsretten være tilstrekkelig reell. Nemnda må derfor være svært bevisst sin rolle og autoritet, og sørge for at medlemmene konkluderer på bakgrunn av interesseavveiningen og ikke hvilken side av saken de tilhører. For at dette skal la seg gjøre er det også viktig at nemnda som forvaltningsorgan sørger for at saken er tilstrekkelig opplyst.

Et klart flertall av de sakene som har blitt gjort rede for i denne fremstillingen omhandler tvister fra offentlig sektor, herunder særlig helse- og omsorgssektoren. Det kan derfor stilles spørsmål ved om arbeidsgivernes økonomiske rammer medfører problemer knyttet til utøvelsen av fortrinnsrett. Det vil være en selvmotsigelse dersom samfunnsøkonomiske begrensninger skal sette en stopper for fortrinnsretten, som jo nettopp vil føre til samfunnsøkonomisk gevinst. Det kan imidlertid være tilfellet at arbeidsgivere innenfor helse og omsorg i større grad må forholde seg til en annen type planlegging av virksomhetens drift enn mange andre arbeidsgivere.

Til tross for sine domstollignende trekk, er nemnda et forvaltningsorgan. Følgelig er den bundet av prinsippet om likebehandling, noe som ikke alltid følges. Flere av de gjennomgåtte sakene viser at nemnda ikke alltid er like konsekvent i sin argumentasjon og sin vektlegging av ulike momenter. Fortrinnsretten har for noen arbeidstakere blitt avskåret på bakgrunn av at andre arbeidstakere i samme virksomhet tidligere har fått medhold i nemnda. En slik varierende praksis kan føre til manglende forutsigbarhet for deltidsansattes rettsstilling.

Videre er det flere saker hvor nemndas overprøving av partenes anførsler er svært tilbakeholden, slik at prøvingsintensiteten ikke er den samme i alle saker. En slik praksis kan også føre til ulik behandling. Dessuten griper dette inn i uønskede deltidsansattes muligheter til å forutse når de rettmessig kan kreve fortrinnsrett. En slik uforutsigbar arbeidssituasjon kan

være nokså vanskelig å forholde seg til som arbeidstaker. Det gjenstår følgelig å se hvorvidt det nye EU-direktivet¹⁵⁷ vil bidra til å gi ufrivillig deltidsansatte større grad av forutsigbarhet.

¹⁵⁷ Europa-parlamentets og rådets direktiv 2019/1152 af 20. juni 2019 om gennemsigtige og forudsigelige arbejdsvilkår i Den Europæiske Union

Referanseliste

Lover og forskrifter

Lov 22. juni 2018 nr. 45 om endringer i arbeidsmiljøloven, folketrygdloven og enkelte andre lover

Lov 16. juni 2017 nr. 67 om statens ansatte mv.

Lov 16. juni 2017 nr. 51 om likestilling og forbud mot diskriminering

Lov 27. januar 2012 nr. 9 om arbeidstvister

Lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister

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

Lov 27. november 1992 nr. 109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v.

Lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø

Lov 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker

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

Direktiver

Europa-parlamentets og rådets direktiv 2019/1152 af 20. juni 2019 om gennemsigtige og forudsigelige arbeidsvilkår i Den Europæiske Union

Rådets direktiv 97/81/EF af 15. december 1997 om rammeaftalen vedrørende deltidsarbejde

Lovforarbeid

Innst. O. nr. 100 (2004–2005) Innstilling fra kommunalkomiteen om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven)

NOU 1979: 56 Skift og turnusarbeid

NOU 2004: 5 Arbeidslivslovutvalget. Et arbeidsliv for trygghet, inkludering og vekst

NOU 2004: 29 Kan flere jobbe mer? – deltid og undersysselsetting i norsk arbeidsliv

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

Ot.prp. nr. 54 (2008-2009) Om lov om endringer i arbeidsmiljøloven (likestilling av arbeidstiden for skift- og turnusarbeidere mv.)

Ot.prp. nr. 78 (1993–1994) Om lov om endringer i lover på arbeidsmiljøer sikkerhetsområdet som følge av EØS-avtalen og en tilleggsavtale til EØS-avtalen

Prop. 57 L (2017-2018) Endringer i arbeidsmiljøloven, folketrygdloven og enkelte andre lover (samleproposisjon våren 2018)

Prop. 83 L (2012-2013) Endringer i arbeidsmiljøloven mv. (søksmålsrett for fagforeninger mv., overtredelsesgebyr og ufrivillig deltid)

Rettspraksis

HR-2016-867-A

HR-2017-777-A

HR-2019-2104-U

Rt. 1987 s. 98

Rt. 2000 s. 1602 *Nøkk*

Rt. 2001 s. 418 *Kårstø*

Rt. 2001 s. 1362

Rt. 2003 s. 1754

Rt. 2012 s. 1702

Arbeidsrettens praksis

ARD-1922-50

ARD-2012-126

ARD-2016-412

AR-2019-11

Tariffavtaler:

Flyoverenskomsten, 2018 – 2020

Hovedtariffavtalen i kommunal sektor, revidert for avtaleperioden 1. mai 2018 – 30. april 2020

Landsoverenskomsten Handel og kontor og SAMFO, 2018 – 2020

Landsoverenskomsten Handel og kontor og Virke, 2018 – 2020

Tvisteløsningsnemndas praksis

TLN-2006-18

TLN-2006-19

TLN-2006-20

TLN-2006-27

TLN-2006-28

TLN-2007-8

TLN-2007-12

TLN-2007-13

TLN-2007-29

TLN-2007-47

TLN-2007-48

TLN-2007-49

TLN-2007-56

TLN-2008-3

TLN-2008-22

TLN-2008-26

TLN-2009-13

TLN-2009-14

TLN-2009-21

TLN-2009-26

TLN-2009-42

TLN-2009-89

TLN-2010-6

TLN-2010-29

TLN-2010-38

TLN-2010-49

TLN-2010-50

TLN-2010-65

TLN-2010-66

TLN-2010-67

TLN-2010-85

TLN-2012-56

TLN-2013-5

TLN-2013-34

TLN-2014-23

TLN-2014-36

TLN-2014-40

TLN-2015-1

TLN-2015-4

TLN-2015-19

TLN-2015-28

TLN-2015-33

TLN-2016-2

TLN-2016-8

TLN-2016-13

TLN-2017-5

TLN-2017-173

TLN-2018-3

TLN-2019-10

Vedtak nr. 12/18 (ikke på lovdata, se
<https://www.nemndene.no/tvistelosningsnemnda/vedtak-tvistelosningsnemnda/>)

Vedtak nr. 55/19 (ikke på lovdata, se
<https://www.nemndene.no/tvistelosningsnemnda/vedtak-tvistelosningsnemnda/>)

Vedtak nr. 65/19 (ikke på lovdata, se
<https://www.nemndene.no/tvistelosningsnemnda/vedtak-tvistelosningsnemnda/>)

Vedtak nr. 66/19 (ikke på lovdata, se
<https://www.nemndene.no/tvistelosningsnemnda/vedtak-tvistelosningsnemnda/>)

Vedtak nr. 69/19 (ikke på lovdata, se
<https://www.nemndene.no/tvistelosningsnemnda/vedtak-tvistelosningsnemnda/>)

Vedtak nr. 82/19 (ikke på lovdata, se
<https://www.nemndene.no/tvistelosningsnemnda/vedtak-tvistelosningsnemnda/>)

Vedtak nr. 90/19 (ikke på lovdata, se
<https://www.nemndene.no/tvistelosningsnemnda/vedtak-tvistelosningsnemnda/>)

Vedtak nr. 116/19 (ikke på lovdata, se
<https://www.nemndene.no/tvistelosningsnemnda/vedtak-tvistelosningsnemnda/>)

Juridisk litteratur

- Aune (2009) Aune, Helga, *Deltidsarbeid: Vern mot diskriminering på strukturelt og individuelt grunnlag*, Oslo 2009
- Eckhoff (2001) Eckhoff, Torstein, *Rettskildelære*, 5. utgave ved Jan E. Helgesen, Oslo 2001
- Eckhoff og Smith (2014) Eckhoff, Torstein og Eivind Smith, *Forvaltningsrett*, 10. utgave, Oslo 2014
- Fanebust (2015) Fanebust, Arne, *Innføring Arbeidsrett*, 4. utgave, Oslo 2015
- Fougner m.fl. (2014) Fougner, Jan, m.fl., *Kollektiv arbeidsrett*, Oslo 2004
- Nygaard (2013) Nygaard, Nils, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. utgave, Oslo 2013
- Schei m.fl. (2013) Schei, Tore m.fl., *Twisteloven, kommentarutgave*, 1. bind, 2. utgave, Oslo 2013
- Storeng m.fl. (2014) Storeng, Nils H., Tom H. Beck og Arve Due Lund, *Arbeidslivets spilleregler*, 3. utgave, Oslo 2014

Statistikk

Statistisk sentralbyrå, Arbeidskraftundersøkelsen (2019), Tabell 11188: Sysselsatte i alt, deltidssysselsatte og undersysselsatte etter kjønn, næring, statistikkvariabel og år 2008-2018, se <https://www.ssb.no/statbank/table/11188/>, sist lest: 14/12/19

Nettsider

<https://www.dn.no/innlegg/arbeidsliv/deltid/helse/jo-da-vi-har-deltidskrise/2-1-661536>, sist lest: 14/12/19

<https://fagbladet.no/nyheter/fa-utlyste-helsefagarbeiderstillinger-er-pa-heltid--bekrefter-at-det-er-en-deltidskrise-6.91.646355.af90afed05>, sist lest: 14/12/19

<https://www.nemndene.no/tvistelosningsnemnda/>, sist lest: 14/12/19

https://www.nrk.no/nordland/kommunen-lyste-kun-ut-deltidsstillinger_-_det-er-en-skam-1.14538013, sist lest: 14/12/2019

<https://www.regjeringen.no/no/sub/eos-notatbasen/notatene/2018/feb/direktivforslag-om-tydelige-og-forutsigbare-arbeidsvilkar/id2594358/>, sist lest: 14/12/19

<https://www.ssb.no/arbeid-og-lonn/statistikker/aku>, sist lest: 14/12/19

<https://sykepleien.no/2019/05/kan-bli-behov-en-av-fire-jobber-med-helse-vil-gi-betydelig-okt-skatt>, sist lest: 14/12/19

