

Kristin Alsos og Mona Bråten

Twisteløsningsnemndas praksis i saker om fortrinnsrett for deltidsansatte

Kristin Alsos og Mona Bråten

Twisteløsningsnemndas praksis i saker om fortrinnsrett for deltidsansatte

© Fafo 2011

ISBN 978-82-7422-839-9 (papirutgave)

ISBN 978-82-7422-840-5 (nettutgave)

ISSN 0801-6143

Omslag: Fafos Informasjonsavdeling

Trykk: Allkopi AS

Innhold

Forord	5
Summary	7
1 Innledning	9
1.1 Bakgrunn.....	10
1.2 Datagrunnlag og metode	15
1.3 Rapportens oppbygging	16
2 Saker behandlet i nemnda	17
2.1 Antall saker per år.....	17
2.2 Kjennetegn	19
2.3 Bistand med å fremme sak	20
2.4 Oppsummering og vurdering	21
3 Nemndas vurderinger.....	25
3.1 Ny ansettelse	26
3.2 Vesentlig ulempe.....	29
3.3 Valg mellom flere fortrinnsberettigede	36
3.4 Kvalifikasjonskravet	37
3.5 Samme arbeidsoppgaver	39
3.6 Ansvar for sakens opplysning.....	40
4 Dissenser	43
Oppsummering.....	45
5 Avviste saker	47
Oppsummering.....	49
6 Avslutning	51
Litteratur	53

Forord

Denne rapporten tar for seg tvisteløsningsnemndas praksis i saker om fortrinnsrett for deltidsansatte (aml § 14-3). Arbeidsmiljøloven § 14-3 fastsetter at deltidsansatte har fortrinnsrett til utvidet stilling framfor at arbeidsgiver foretar ny ansettelse i virksomheten. Fortrinnsretten er betinget av at arbeidstakeren har de nødvendige kvalifikasjonene for den aktuelle stillingsutvidelsen, og at utøving av fortrinnsretten ikke innebærer vesentlig ulempe for virksomheten. Tvisteløsningsnemnda ble etablert i forbindelse med den nye arbeidsmiljøloven i 2005, som et eget organ for å løse konkrete tvister omkring visse bestemmelser i arbeidsmiljøloven, deriblant tvister om deltidsansattes fortrinnsrett.

Undersøkelsen er utført på oppdrag for Arbeidsdepartementet, og den er én blant flere undersøkelser av hvordan ulike tiltak for å redusere ufrivillig deltid virker i praksis (jf. Meld. St. 29 (2010-2011)).

Rapporten er i all hovedsak basert på en gjennomgang av vedtaksdokumentene i saker som nemnda har behandlet i perioden 1. januar 2006 – 2. september 2011. I tillegg er det gjennomført intervjuer med nemndas tre faste medlemmer. Vi vil gjerne takke nemndas faste medlemmer, som har delt av sine erfaringer og gitt oss viktige innspill til vurderingen av nemndas praksis. Takk også til nemndas sekretariat, som besvarte alle våre henvendelser raskt per e-post.

I Arbeidsdepartementet har Helga Sjølli Grimstad, Torkel Sandegren og Anna Skårberg lest og kommentert et tidligere utkast til rapporten. De takkes for gode og konstruktive tilbakemeldinger. Kristine Nergaard ved Fafo har stått for den interne kvalitetssikringen og Fafos informasjonsavdeling har ferdigstilt rapporten. Takk til dere for gode kommentarer og godt samarbeid.

Undersøkelsen er utført av Kristin Alsos og Mona Bråten, som har ansvaret for de funnene som framheves og konklusjonene som trekkes i rapporten.

Innledningsvis gir vi en oppsummering av rapportens hovedfunn på engelsk. Lesere som ønsker en oppsummering på norsk henvises til rapportens kapittel 6 Avslutning.

Fafo, desember 2011

Kristin Alsos og Mona Bråten

Summary

In this report we investigate the practices of the Dispute Resolution Board in cases related to preferential rights for part-time employees (Section 14-3 of the Working Environment Act). As of 2 September 2011, the Board has processed a total of 196 cases pertaining to preferential rights for part-time employees, whereof 47 cases were rejected. The Board has processed cases from those sections of the labour market where involuntary part-time work and underemployment are most widespread. The public health and care sector has predominated in terms of number of cases, and the majority of the cases have involved nurses. According to the members of the Board few cases involve the same employer, and it is hard to tell whether the decisions by the Board may influence on company practice in general. The members see the cases as special for the actual case and find it unlikely that individual cases can have any effect for other companies or at sector level.

The review of the Board's practices shows that preferential rights can be exercised with regard to vacancies that are advertised externally as well as internally. However, the Board appears to accept that an employer has a certain opportunity to transfer employees into a vacancy without infringing on preferential rights.

The most frequently disputed condition is whether a significant inconvenience is involved. The disputes relate both to situations when the part-time employee wishes to have only part of the vacancy and to problems that can occur for an employer if two positions are merged into one. In spite of formulations in the preparatory documents that indicate the opposite, the Board has accepted that positions can be split as long as the employer is not exposed to a significant inconvenience by being left with a residual of a position. Factors that are emphasized include the size of this residual and, as a part of this, the difficulties involved in recruiting candidates for it. In this context, weight may be given to demand for skilled workers, local labour markets and the employer's experience from similar cases. Assessments of significant inconvenience with regard to merging of positions are mainly based on problems associated with rota planning. In this case, the Board requires the problems to be of a certain scope; common problems will not be assessed as significant. Factors that may be seen as significant include the relationship between the number of full-time and part-time positions, in other words whether the employer relies on a high proportion of part-time employees as a permanent settlement. The decisions rarely provide any information on the number of employees in the enterprises where disputes over preferential rights have occurred, but

interviews with board members indicate that the employer will have more difficulty in claiming inconvenience if the workplace is large, rather than small. Furthermore, the employer appears to have a certain obligation to have attempted to alleviate the problems, for example by having other employees work more weekends.

If several applicants to the position can claim preferential rights, the Board does not decide who should be employed in the vacant position. This is left to the discretionary judgement of the employer. In cases where the employer has already engaged a person in the disputed position and the claimant's appeal is upheld by the Board, the legal effect of the decision has not been determined, but must be clarified within the enterprise concerned.

In some cases, the claimant's appeal is rejected because of lack of qualifications or because the new position is different from the existing one. In accordance with the preparatory documents, the Board has assumed that a part-time employee will not have a preferential right to any position for which she is qualified, but only to the extent that the job content is approximately similar to that of the position she already has. The decisive issue in these cases is the definition of the job content of the existing position and its placement within the organization. In accordance with the preparatory documents, the Board emphasizes personal as well as professional skills in its assessment of qualifications. Furthermore, it is not relevant whether the claimant is the most qualified applicant, as long as she is qualified.

The major of the decisions by the Board is unanimously, but one out of three decisions was given with dissenting votes. The dissents that represent the greatest difference in principles are those where two members have dissented. This applies to one out of five decisions. Most of these dissents regards whether a significant inconvenience is involved. The number of dissents was higher the first years of the Board's existence compared to later years. Approximately one-quarter of the cases submitted to the Board have not been examined. The most frequent cause for rejection of cases is that the deadline for submission has expired.

1 Innledning

I denne rapporten belyser vi tvisteløsningsnemndas praksis i saker om fortrinnsrett for deltidsansatte (aml § 14-3). Arbeidsmiljøloven § 14-3 fastsetter at deltidsansatte har fortrinnsrett til utvidet stilling framfor at arbeidsgiver foretar ny ansettelse i virksomheten. Fortrinnsretten er betinget av at arbeidstakeren har de nødvendige kvalifikasjonene for den aktuelle stillingsutvidelsen, og at utøving av fortrinnsretten ikke innebærer vesentlig ulempe for virksomheten. Bestemmelsen i § 14-3 ble tatt inn i den nye arbeidsmiljøloven med virkning fra 1. januar 2006, og hadde sin bakgrunn i lengre tids diskusjon om et mulig virkemiddel for å redusere ufrivillig deltid. Samtidig ble tvisteløsningsnemnda etablert som et eget organ for å løse konkrete tvister omkring visse bestemmelser i arbeidsmiljøloven, deriblant tvister om deltidsansattes fortrinnsrett.

Kampen mot ufrivillig deltid har stått på den politiske dagsordenen i Norge i lang tid. Stoltenberg II-regjeringen har i 2011 vedtatt en rekke nye virkemidler i kampen mot ufrivillig deltid, samtidig som gjennomførte og pågående tiltak blir evaluert (Meld. St. 29 (2010-2011)). Gjennomgangen av tvisteløsningsnemndas praksis i saker om fortrinnsrett for deltidsansatte som presenteres i denne rapporten, er en del av denne «pakken» med evalueringer av hvordan ulike tiltak for å redusere ufrivillig deltid virker i praksis (op. cit.).

Rapporten, som er basert på en gjennomgang av vedtaksdokumentene i saker som nemnda har behandlet om fortrinnsrett for deltidsansatte (aml § 14-3), behandler to problemstillinger:

1) Antall fortrinnsrettsaker som nemnda har behandlet og hva som kjennetegner disse.

Her sammenfatter vi bakgrunnsopplysninger i vedtaksdokumentene om arbeidstakerne og virksomhetene som har hatt saker om fortrinnsrett i nemnda. Vi ser på hvor mange saker om fortrinnsrett nemnda har behandlet totalt og per år, på sektor, yrke og arbeidstakerens kjønn samt om fagforening eller advokat har bistått med å fremme saken. Denne informasjonen ses i forhold til arbeidskraftundersøkelsenes (AKU) opplysninger om omfanget av deltid i ulike deler av arbeidsmarkedet, og vi vurderer i hvilken grad nemnda blir brukt i de delene av arbeidsmarkedet hvor uønsket deltid er et utbredt problem.

2) Hva som kjennetegner nemndas praksis i saker om fortrinnsrett for deltidsansatte.

Den andre problemstillingen handler om nemndas praksis i saker om fortrinnsrett for deltidsansatte. I denne delen gjennomgås praksis fra nemnda i slike saker, og vi ser på om det går an å trekke ut noen generelle retningslinjer basert på nemndas begrunnelser.

1.1 Bakgrunn

«Som med arbeidsløyse generelt er ufrivillig deltid eit stort problem for dei det gjeld. Det fører mellom anna til lågare inntekt og mindre pensjonsopptening. Samfunnsøkonomisk kan det også dreie seg om ein uutnytta arbeidskraftreserve... Det er eit mål for regjeringa å redusere ufrivillig deltid, og at dei som ønskjer det får arbeide heiltid.» (Meld. St. 29 (2010-2011) s. 343)

Ufrivillig deltid er definert som et problem både for den enkelte og for samfunnet. Både myndighetene og fagbevegelsen har i en årrekke arbeidet for å redusere omfanget av ufrivillig deltid. Innen deler av offentlig sektor har også arbeidsgiversiden vært opptatt av omfanget av deltidsarbeid, både ut fra et bemannings- og rekrutteringsperspektiv og ut fra betraktninger om hva en høy andel små stillinger gjør med kvaliteten på tjenestene og arbeidsmiljøet. Likevel er innslaget av ufrivillig deltid fortsatt høyt i deler av arbeidsmarkedet. På grunnlag av foreliggende analyser av spørsmålene i AKU om avtalt arbeidstid, eventuelle ønsker om lengre arbeidstid og hvorvidt man faktisk har forsøkt å få utvidet arbeidstiden, skisserer vi nedenfor omfanget av deltidsarbeid, ufrivillig deltid og undersysselfølelse i ulike deler av arbeidsmarkedet. Det bildet som vi her skisserer av deltidsproblematikken, tar vi opp igjen i kapittel 2, hvor vi gjør en vurdering av i hvilken grad sakene i nemnda avspeiler denne problematikken. Deretter gjør vi kort rede for bestemmelsen om deltidsansattes fortrinnsrett og tvisteløsningsnemnda i arbeidsmiljøloven, som ble etablert som sentrale virkemidler i kampen mot ufrivillig deltid.

Deltid, ufrivillig deltid og undersysselfølelse

Norge har høy yrkesdeltakelse blant både kvinner og menn, men også mange deltidsarbeidende. AKU-tall viser at andelen som jobbet deltid var 27 prosent i 2010, 41 prosent blant kvinner og 14 prosent blant menn. Sammenliknet med de nordiske nabolandene er små deltidsstillinger, definert som en ukentlig arbeidstid på under 20 timer, vanligere i Norge enn i resten av Norden. Drøye 20 prosent av sysselsatte kvinner

i Norge har en ukentlig arbeidstid på under 20 timer. I de øvrige nordiske landene er andelen arbeidstakere med så små stillinger godt under 10 prosent av de sysselsatte kvinnene (Bråten og Nergaard 2011).

Flest kvinner jobber deltid

Deltidsproblematikken har en klar kjønnsdimensjon. Hvis vi ser bort fra studenter og skoleelever med jobb ved siden av studiene, er deltidsarbeid i all hovedsak et kvinnefenomen i Norge. Mens en tredjedel av hovedsakelig yrkesaktive kvinner arbeider deltid, gjelder dette kun 6 prosent av mennene (Nergaard 2010).

Deltidsandelen er størst blant kvinner med lavere utdanning, og avtar sterkt med utdanningens lengde (Nergaard 2010). For både kvinner og menn er deltid særlig knyttet til ungdomsårene (under 25 år), da mange kombinerer studier med en deltidsjobb, men sannsynligheten for å arbeide deltid øker også fra 55 år og oppover. For alle aldersgrupper er imidlertid andelen kvinner som arbeider deltid langt høyere enn andelen menn (op. cit.).

Ønsker om større stilling

Fire av fem deltidsansatte oppgir at de ikke ønsker en annen arbeidstid enn den de har i dag. Disse er ikke i en situasjon der deltidsarbeidet defineres som ufrivillig, ei heller undersysselsatt. Samtidig oppgir i underkant av 20 prosent av de deltidsansatte at de ønsker lengre ukentlig arbeidstid. Rundt 80 prosent av deltidsansatte som ønsker lengre arbeidstid er kvinner. Dette betyr at det er langt flere kvinner enn menn som befinner seg i en situasjon der de tilbys en mindre stilling enn det de egentlig ønsker (Nergaard 2010).

Statistisk sentralbyrå (SSB) har en noe strengere definisjon av undersyssetting: «Deltidsansatte som ønsker lengre arbeidstid, og som har forøkt å få lengre arbeidstid, og som kan starte med økt arbeidstid innen en måned». For å komme i denne kategorien er det altså ikke nok å ønske seg lengre ukentlig arbeidstid, man må også aktivt ha forsøkt å skaffe seg dette. Om lag 10 prosent av de deltidsansatte kommer inn under denne definisjonen og klassifiseres som undersyssette.

Ufrivillig deltid og variasjon mellom bransjer

Ufrivillig deltid i offentlig sektor har fått stor oppmerksomhet. Arbeidsmarkedsstatistikken viser imidlertid at ufrivillig deltid også er en utfordring i privat servicesektor, særlig i kvinnedominerte bransjer som detaljhandel, hotell- og restaurantvirksomhet og renhold (Bråten og Nergaard 2010). Nergaard (2010) argumenterer for at det er viktig å se på forskjeller innenfor kvinnedominerte yrker, og hun har gjort en nærmere analyse av en del store kvinnedominerte yrker. Analysene viser at de yrkene som Nergaard valgte ut som typiske deltidsyrker, peker seg ut ved at en vesentlig andel av de deltidsansatte ønsker lengre arbeidstid. Blant deltidsansatte som regner seg som

hovedsakelig yrkesaktive, oppgir 30–35 prosent av lønnstakerne innen yrker som hjelpepleier, omsorgsarbeider og renholder at de ønsker lengre arbeidstid. Blant sykepleiere er andelen drøye 20 prosent, om lag som gjennomsnittet for alle deltidsansatte, uansett yrke. Andelen med ufrivillig deltid er høyere blant de som arbeider skift/turnus eller har regelmessig arbeidstid på kveld, natt eller helg, enn blant de som ikke har denne typen arbeidstidsordninger (op. cit.). Nergaard (2010) konkluderer med at for enkelte kvinnedominerende yrker uten krav til høyere utdanning synes det å være lommer i arbeidslivet hvor mange sliter med å oppnå en ukentlig arbeidstid som tilsvarer deres ønsker.

Fastlåst i undersysselsetting

Flertallet (sju av ti) blant de som ønsker lengre arbeidstid opplyser at de ønsker å fortsette i sin nåværende jobb. Ansiennitet spiller her en viktig rolle; de som har jobbet lenge hos sin nåværende arbeidsgiver svarer oftest at de ønsker å arbeide mer i nåværende jobb (tre av fire foretrekker dette), mens de med kortest ansiennitet er mest åpne for å skifte arbeidsgiver (Nergaard 2010).

Svalund (2011) har også undersøkt hvor lenge en arbeidstaker forblir i en mindre stilling enn ønsket, og i hvilken grad denne typen arbeidstakere går over i større stillinger. Gjennom analyser av paneldata fra AKU i perioden 1. kvartal 2006 til 2. kvartal 2011, der de samme personene følges over en periode på to år, finner Svalund (op. cit.) at en betydelig andel av de undersysselsatte oppnår lengre ukentlig arbeidstid over tid. Men også her er det variasjoner mellom bransjer. Sannsynligheten for å oppnå økt arbeidstid er lavere for undersysselsatte innen helse- og sosialtjenester, overnatting og serveringsvirksomhet og varehandel, enn for samme gruppe i andre bransjer. Svalund viser videre hvordan det skjer en fastlåsing i undersysselsetting i enkelte yrkesgrupper, i betydningen at de har lange perioder hvor de ikke oppnår ønsket arbeidstid. Undersysselsatte hjelpepleiere, omsorgsarbeidere og assistenter, renholdere, ansatte i kantine- og serveringsyrker, og barne- og ungdomsarbeidere er i klart større grad enn andre yrkesgrupper låst fast i undersysselsetting ifølge Svalund (2011).

Regelen om fortrinnsrett (§ 14-3) som ble tatt inn i arbeidsmiljøloven i 2005, er rettet mot deltidsansatte som ønsker å utvide stillingen hos sin nåværende arbeidsgiver.

Deltidsansattes fortrinnsrett

Arbeidsmiljøloven § 14-3 (1) fastslår at deltidsansatte har rett til utvidet stilling framfor at arbeidsgiver foretar ny ansettelse i virksomheten. Fortrinnsretten er etter andre ledd betinget av at arbeidstaker er kvalifisert for stillingen og at utøvelse av fortrinnsretten ikke vil innebære vesentlige ulemper for virksomheten. Det er dette som ligger til grunn for tvisteløsningsnemndas vurderinger i saker der deltidsansatte krever utvidet stilling. Tvist om fortrinnsrett skal etter bestemmelsens siste ledd avgjøres av tvisteløsningsnemnda. Retten til utvidet stilling etter § 14-3 inneholder enkelte

skjønnsmessige begreper. Hvordan disse er ment å forstå er til en viss grad berørt av forarbeidene. For det første gjelder fortrinnsretten «utvidet stilling». Dette tilsier at den ansatte ikke kan kreve å få en stilling som er en annen enn den vedkommende har i dag. Det må dreie seg om en utvidelse av den stillingen arbeidstakeren er ansatt i – med andre ord at det er stillingsstørrelsen som utvides mens arbeidsoppgavene er de samme. Dette legges også til grunn i Innst. O. nr. 100 (2004-2005). Her heter det at «fortrinnsretten gjelder stillinger som har om lag de samme arbeidsoppgavene som den deltidsansatte allerede utfører». Det er altså rom for noe variasjon når det gjelder arbeidsoppgavene i den nye stillingen, men der hvor avvikene er for store, foreligger det ikke en fortrinnsrett.

En annen problemstilling er i hvilken grad den deltidsansatte selv skal kunne velge hvor stor andel av den nye stillingen hun ønsker å tre inn i. I Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) heter det:

«Bestemmelsen skal forstås slik at den 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/ledige stillingen. Bestemmelsen er likevel ikke til hinder for at partene kan avtale løsninger som innebærer at den ledige stillingen blir besatt delvis av en fortrinnsberettiget deltidsansatt.»

Fortrinnsretten er videre betinget av at det foretas en «ny ansettelse». Dette vilkåret er ikke omhandlet nærmere i lovforarbeidene, men ut fra lovens ordlyd vil det kun være i de tilfellene en har en ledig stilling som skal besettes at fortrinnsretten utløses. At en ansatt kommer tilbake til en stilling han/hun har hatt permisjon fra, vil således ikke gi andre ansatte fortrinnsrett.

Retten til utvidet stilling gjelder kun i den grad arbeidstakeren er «kvalifisert for stillingen». Dette er tilsvarende det kravet som stilles til fortrinnsretten for ansatte som er nedbemannet etter aml § 14-2, og i Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) pkt. 17.2.6 heter det at begrepet skal forstås tilsvarende. Det sies videre at det kan tas hensyn til både faglige og personlige forutsetninger. I tilknytning til § 14-2 (s. 229) heter det dessuten at det ikke kreves at kvalifikasjonene ligger på et høyere nivå enn det som må anses som gjennomsnittlig for stillingen. Den som vil utøve fortrinnsrett trenger med andre ord ikke å være den best kvalifiserte til stillingen, så lenge vedkommende anses som kvalifisert.

Endelig må ikke utøvelse av fortrinnsrett medføre vesentlig ulempe for virksomheten. Ifølge forarbeidene skal dette være en sikkerhetsventil som vil avverge at fortrinnsretten får urimelige utslag i konkrete tilfeller. Dette tilsier at det skal relativt mye til for at vilkåret er oppfylt.

«Dersom stillingen kun er en mindre stillingsbrøk og denne kan kombineres med den deltidsstilling arbeidstaker allerede har, er utgangspunktet at vedkommende kan

utøve fortrinnsrett. Det kan imidlertid 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 personer å dele arbeidet på, eller turnusplanleggingen blir vanskelig. I slike tilfeller kan det være relevant for arbeidsgiver å påberope seg at fortrinnsretten fører til vesentlig ulempe» (Ot.prp. nr. 49 (2004-2005)).

Forarbeidene trekker altså fram ulemper knyttet til turnusplanlegging og negative følger for de øvrige ansatte, men også andre momenter vil etter lovens ordlyd kunne utgjøre en vesentlig ulempe.

Opprettelsen av tvisteløsningsnemnda

Tvist om en deltidsansatt arbeidstaker har fortrinnsrett kan bringes inn for en parts-sammensatt tvisteløsningsnemnd for avgjørelse, jf. aml § 14-3. Nemnda ble etablert etter forslag fra Arbeidslivslovutvalget (NOU 2004: 5), og erstatter den tidligere tvistenemnda for utdanningspermisjonssaker og ankenemnda for tidskonto. Nemndas virksomhet er regulert i § 17-2 i arbeidsmiljøloven og i forskrift om tvisteløsningsnemnd. Foruten tvist om fortrinnsrett for deltidsansatte behandler nemnda tvister om rett til redusert arbeidstid, rett til fleksibel arbeidstid, rett til fritak fra nattarbeid, rett til fritak for overtidarbeid og merarbeid, samt tvister om rett til permisjon, herunder utdanningspermisjon og permisjon i tilknytning til fødsel.

Tvistløsningsnemnda er et selvstendig forvaltningsorgan, administrativt underlagt Arbeidsdepartementet. Arbeidstilsynet er sekretariat for nemnda, som har tre faste medlemmer. I tillegg til en leder med juridisk embetseksamen oppnevnes to representanter fra arbeidstaker- og arbeidsgiversiden etter forslag fra de av arbeidslivets organisasjoner som har «innstillingsrett» (se arbeidstvistloven § 11). Videre består nemnda av to medlemmer som oppnevnes i tilknytning til den konkrete saken som behandles. Disse to medlemmene er såkalte bransjemedlemmer, med tilknytning til den bransjen som er berørt av saken. Vedtak i tvisteløsningsnemnda begrunnes, og fattes med vanlig flertall. Vedtak kan ikke påklages. Tvisteløsningsnemnda er en tvungen tvisteløsningsform, i den forstand at tvister ikke kan bringes inn for en alminnelig domstol før de har blitt behandlet av nemnda. Tvist om fortrinnsrett for deltidsansatte kan bringes inn for domstolene etter at tvisteløsningsnemndas avgjørelse foreligger, jf. aml § 17-2 (2). Fristen for å bringe tvisten inn for domstolene er åtte uker, regnet fra det tidspunkt tvisteløsningsnemndas avgjørelse foreligger. Nemndas konklusjon står ved lag mens saken er til behandling ved domstolene.

Fra tidligere undersøkelser vet vi en del om tvisteløsningsnemndas saksomfang og arbeidsmåter (Bråten 2009; Bråten & Nergaard 2011). Fra nemnda ble opprettet i 2006 og fram til midten av november 2011, har det blitt fattet totalt 412 vedtak. Av disse er 225 tvist om fortrinnsrett for deltidsansatte. Tvist om fortrinnsrett har med andre ord utgjort godt og vel halvparten av sakene som nemnda har behandlet i denne perioden. I forbindelse med utredningen omkring skift og turnus (NOU 2008: 17) ble det også gjennomført en feltundersøkelse som ga oversikt over virksomhetenes kjennskap til bestemmelsen om fortrinnsrett for deltidsansatte, og om denne hadde kommet til anvendelse og hvilke konsekvenser dette eventuelt hadde gitt. Alle de 20 virksomhetene som deltok i undersøkelsen oppga å kjenne til lovbestemmelsen. Bestemmelsen har kommet til anvendelse i både skift- og turnusvirksomhetene – oftest i turnusvirksomhetene. Rundt halvparten av turnusvirksomhetene oppga at lovendringen hadde ført til flere heltidsansatte og/eller høyere stillingsbrøk, mens ingen av skiftvirksomhetene oppga slike effekter som følge av lovendringen. En utdypende rapportering fra denne feltundersøkelsen er gitt i Ervik (2008).

Fafo har tidligere gjennomført en evaluering av tvisteløsningsnemndas første funksjonsperiode (Bråten 2009). Hovedspørsmålet i evalueringen var i hvilken grad nemnda oppfyller målsettingene om å være en effektiv og trygg ordning for at partene kan få løst konfliktene sine. Rapporten konkluderer blant annet med at man har lyktes godt med å etablere en betryggende ordning for konfliktløsning, som partene har tillit til. Samtidig peker rapporten på at en gjennomsnittlig saksbehandlingstid på godt og vel fem måneder ikke kan sies å oppfylle målsettingen om en effektiv saksbehandling.

1.2 Datagrunnlag og metode

Prosjektet er i all hovedsak basert på analyse av kvalitative data.

Dokumentanalyse

Hovedkilden til data er vedtaksdokumentene i saker om fortrinnsrett for deltidsansatte som nemnda har ferdigbehandlet i perioden fra 1. januar 2006 til 2. september 2011. Disse dokumentene anonymiseres og gjøres fortløpende tilgjengelig via nemndas internettsider.

Samtlige vedtaksdokumenter er gjennomgått på en systematisk måte. Ved hjelp av det kvalitative analyseverktøyet Atlas.ti, har vi registrert og systematisert et sett med opplysninger i samtlige vedtak som har vært fattet i saker om fortrinnsrett for deltidsansatte. Hovedkategoriene for registrering av opplysninger var 1) partene (arbeidstaker og arbeidsgiver) som har hatt saker i nemnda og 2) nemndas begrunnelser.

Intervjuer

I tillegg er det gjennomført intervjuer med nemndas tre faste medlemmer. Intervjuene ble gjennomført i etterkant av dokumentanalysen, og de ga utfyllende informasjon om hovedlinjene i nemndas praksis i saker om fortrinnsrett. Intervjuene ble gjennomført ved hjelp av en intervjuguide, og hadde en varighet på mellom 1 og 1,5 time. To forskere var til stede under intervjuene, og det ble gjort grundige notater underveis. I rapporten refereres det i liten grad direkte til intervjuene. Intervjuene har først og fremst gitt et bakteppe for og utfyllende informasjon i forhold til våre vurderinger av nemndas praksis. Enkelte steder har vi likevel funnet det hensiktsmessig å henvise direkte til informasjon som kom fram i intervjuene.

1.3 Rapportens oppbygging

Rapporten er delt inn i seks kapitler. I kapittel 2 ser vi på hvilke kjennetegn som er knyttet til de sakene som har vært fremmet for nemnda. Dette gjelder antall saker per år, hvilken bransje/ sektor sakene springer ut fra, samt kjønnsfordelingen blant klagerne. I kapittel 3 går vi videre og ser på hvilke vurderinger nemnda har gjort og hvilke premisser som vektlegges i avgjørelsen. I kapittel 4 ser vi nærmere på vedtak hvor det har vært dissens mellom nemndas medlemmer, og om det finnes noen hovedlinjer for saker som er vedtatt med dissens. Rundt en fjerdedel av de sakene som har kommet inn til nemnda i saker om fortrinnsrett for deltidsansatte har ikke blitt tatt opp til realitetsbehandling. I kapittel 5 ser vi på hvilke årsaker som ligger til grunn for at nemnda har avvist disse sakene. I kapittel 6 oppsummeres nemndas praksis i saker om fortrinnsrett.

2 Saker behandlet i nemnda

Per 2. september 2011 har nemnda behandlet totalt 196 saker om tvist om fortrinnsrett for deltidsansatte til utvidet stilling jf. aml § 14-3. I dette kapitlet ser vi nærmere på hva som kjennetegner disse sakene; hvor mange saker nemnda har behandlet per år i perioden 1. januar 2006 til 2. september 2011, hvilken sektor saken omfatter, hvilket yrke saken gjelder, om arbeidstaker er kvinne eller mann samt hvorvidt fagforening eller advokat har bistått arbeidstaker i å fremme saken for nemnda. Opplysninger om de ulike sakene som nemnda har behandlet finnes i vedtaksdokumentene. Disse er anonymisert og gjort tilgjengelig gjennom tvisteløsningsnemndas internettsider. Vedtakene er unike for den enkelte sak, og som oftest er det ikke gitt utfyllende informasjon om arbeidstaker eller arbeidsgiver. Hensynet til anonymitet bidrar dessuten ofte til at enkelte detaljer om den ansatte og/eller virksomheten utelates i vedtaksdokumentene. Vi har likevel samlet og systematisert de opplysningene som er gjort tilgjengelig gjennom vedtaksdokumentene. På grunnlag av dette tegner vi i dette kapitlet et grovkategorisert bilde av ulike kjennetegn ved partene i tvister om fortrinnsrett. Samtidig må vi understreke at dette ikke gir noe grunnlag for å generalisere utover de aktuelle sakene. Opplysningene kan likevel gi nyttig informasjon om hvor i arbeidsmarkedet tvisteløsningsnemnda «treffer». På grunnlag av det kan vi anta i hvilke sektorer og bransjer den har virkning når det gjelder å løse konkrete tvister, samt når det gjelder å skape eventuell presedens for andre liknende tilfeller.

I kapittel 1 tegnet vi et bilde av deltidsproblematikken basert på foreliggende analyser av AKU-data. Dette gir et bakteppe for dette kapitlet, hvor vi presenterer kjennetegn ved de sakene som nemnda har behandlet.

2.1 Antall saker per år

Det har vært en betydelig årlig økning i antall saker om fortrinnsrett for deltidsansatte som nemnda har behandlet i løpet av perioden 1. januar 2006 – 2. september 2011. Tabell 2.1 viser at det ble fattet åtte vedtak i 2006, mens det i 2010 ble fattet 55 vedtak i slike saker. Fram til 2. september 2011 er totalt 27 saker behandlet, og vi vil anta at det totale antall saker i 2011 vil kunne nærme seg nivået i 2009 og 2010, da antallet var henholdsvis 52 og 55. Tidsperioden nemnda har fungert er for kort til at vi kan peke

på noen trender når det gjelder antallet saker om fortrinnsrett for deltidsansatte per år. Det kan likevel synes som om antallet som bringes til nemnd har flatet ut noe de siste årene, sammenliknet med økningen som fant sted i årene 2006 til 2009. Hvorvidt antallet saker per år vil stabilisere seg på et nivå rundt pluss/minus 50, er det imidlertid vanskelig å forutsi.

Tabell 2.1 Antall saker om fortrinnsrett (§ 14-3) behandlet totalt og per år. Antall (N=196)

År	2006	2007	2008	2009	2010*	2011 (2.sept)	Totalt
Antall saker	8	22	32	52	55	27	196

Kilde: Vedtak i tvisteløsningsnemnda

*Sak 86/10 til og med 109/10 gjaldt deltidsansatte tilknyttet en ressurspool i et flyselskap og ble behandlet under ett av nemnda. Det ble fattet likelydende vedtak i de 24 sakene. I oversikten har vi talt dette som én sak.

Nemnda behandler innkomne saker fortløpende, og antallet kan blant annet avhenge av arbeidstakerorganisasjonenes strategiske bruk av nemnda som et virkemiddel i arbeidet mot ufrivillig deltid blant egne medlemmer. I den tidligere evalueringsrapporten beskrev vi hvordan Norsk Sykepleierforbund (NSF) oppfordret sine tillitsvalgte og medlemmer til å fremme aktuelle saker for nemnda – uten at det fra forbundets side ble gjort noen prioriteringer mellom ulike saker (Bråten 2009). Som vi skal se i neste avsnitt, har da også sykepleiere vært dominerende yrkesgruppe i saker om fortrinnsrett for deltidsansatte. Det kan tyde på at forbundets anbefalinger til tillitsvalgte og medlemmer om å bruke nemnda aktivt for å løse tvister om fortrinnsrett har vært en strategi som har fungert, i den forstand at mange saker har vært prøvd for nemnda. NSF er et eksempel på hvordan en strategi om å bruke nemnda aktivt kan gi betydelige utslag i antallet saker nemnda får til behandling. Det kan igjen bidra til å øke antall saker som nemnda behandler hvert år. Etter hvert som nemnda har eksistert noen år og den generelle kjennskapen til den øker blant arbeidstakere og tillitsvalgte/fagforeninger, er det også naturlig å anta at antallet saker til nemnda øker. Et forhold som kan motvirke en antatt økning i antallet saker, er vedtakenes presedensvirkning på lokal praksis. Med dette menes at vedtakene kan påberopes som normer i senere saker. Presedensvirkning kan bidra både til å redusere antallet saker og til et behov for å få saker avgjort av nemnda.

2.2 Kjennetegn

I dette og de påfølgende avsnittene ser vi nærmere på kjennetegn ved de sakene hvor nemnda har fattet vedtak på grunnlag av en realitetsvurdering – det vil si at vi har utelatt saker som nemnda av ulike årsaker har avvist å behandle. Av de 196 sakene ble 47 avvist. Informasjonen i de neste avsnittene bygger på vedtakene i de 149 sakene som nemnda har vurdert.

Sektor

Vi har valgt å sortere vedtakene etter sektor (offentlig, privat og annet¹). Når det gjelder offentlig sektor har vi valgt å skille ut saker som har omfattet helsepersonell ved sykehus, fordi det var relativt mange av disse – totalt 58. Vedtak i saker som har omfattet det vi har kategorisert som offentlig sektor, har stort sett vært helse- og omsorgsarbeidere i kommunene. Bare 15 av vedtakene har vært saker fra privat sektor, hvorav ti har omfattet privat servicesektor.

Tabell 2.2 Vedtak i saker om fortrinnsrett fordelt på sektor. Antall (N=149)

Sektor	Offentlig, unntatt sykehus	Offentlig, sykehus	Privat	Annet
Vedtak	75	58	15	1

Kilde: Vedtak i tvisteløsningsnemnda

Yrke

Tabell 2.3 viser et grovkategorisert bilde av hvilke yrkesgrupper som har fått sine saker behandlet i nemnda. Vi ser at helsepersonell samlet sett utgjør hele 114 av 150 saker. Innenfor gruppen helsepersonell ser vi at hele 84 saker har omfattet sykepleiere, 14 saker har omfattet hjelpepleiere, mens 16 saker har omfattet annet helsepersonell, eksempelvis leger, vernepleiere, barnepleiere, helsefagarbeidere mm. Yrker/stillinger som ikke er direkte knyttet til jobb innenfor helse- og omsorgssektoren spenner over et svært bredt spekter. Vi har valgt å kategorisere disse etter krav til utdanning. Kategorien lavere utdanning er yrker/stillinger hvor utdanningskravet er på videregående skolenivå eller lavere, mens kategorien høyere utdanning er yrker/stillinger som krever utdanning fra høyskole eller universitet. 26 saker har omfattet yrker/stillinger med krav til utdanning på lavere nivå, mens ni saker har omfattet yrker/stillinger med krav til utdanning på høyere nivå. Eksempler på yrker/stillinger i den førstnevnte gruppen er: sekretær, assistent, aktivitør, resepsjonist, renholder og vaktmester. I den sistnevnte

¹ I kategorien «annet» finner vi her en frivillig organisasjon.

gruppen har fem av de ti sakene omfattet undervisningspersonell: eksempelvis høyskolelærer, faglærer og kulturskolelærer.

Tabell 2.3 Vedtak i saker om fortrinnsrett fordelt på yrke. Antall (N=149)

Yrke	Sykepleier	Hjelpepleier	Helse, annet	Lavere utdanning	Høyere utdanning
Vedtak	84	14	16	26	9

Kilde: Vedtak i tvisteløsningsnemnda

Kjønn

AKU-tallene viser at rundt 80 prosent av deltidsansatte som ønsker lengre arbeidstid er kvinner. Det er med andre ord langt flere kvinner enn menn som befinner seg i en situasjon der de tilbys mindre stilling enn det de egentlig ønsker (Nergaard 2010). Denne kjønnsfordelingen gjenspeiler seg også i de sakene som nemnda har vurdert; 124 av sakene har omfattet kvinner, mens 24 har omfattet menn. I én av sakene var ikke kjønn oppgitt fordi det ble fattet likelydende vedtak i sak 86/10 til og med 109/10, som omfattet deltidsansatte tilknyttet en ressurspool i et flyselskap.

2.3 Bistand med å fremme sak

Retten til å bringe en sak inn for tvisteløsningsnemnda er basert på bestemmelser i arbeidsmiljøloven og er en rettighet på individnivå. I praksis har likevel en fullmektig (som oftest en tillitsvalgt/fagforening) eller en advokat i mange tilfeller bistått arbeidstakere med å fremme saken for nemnda. I tabell 2.4 ser vi at i 59 av sakene har arbeidstakeren fått hjelp av tillitsvalgt eller fagforeningen til å fremme saken for nemnda, mens fem har fått bistand fra en advokat. I 85 av sakene er det ikke oppgitt at arbeidstakeren har fått bistand fra andre med å fremme saken for nemnda. Sekretariatet registrerer ikke opplysninger om hvorvidt en arbeidstaker som fremmer sak er medlem av en fagorganisasjon eller ikke. Det er derfor vanskelig å få noen eksakt oversikt over hvor stor andel av sakene som omfatter organiserte arbeidstakere. Siden fagforening/tillitsvalgt har bistått i nesten 40 prosent av sakene, kan vi konkludere med at fagforeninger og tillitsvalgte i mange tilfeller har vært tungt involvert i sakene før de sendes til avgjørelse i nemnda.

Tabell 2.4 Bistand fra fagforening eller advokat. Antall (N=149)

Bistand	Ingen/ikke oppgitt	Fagforening	Ekstern advokat
Vedtak	85	59	5

Kilde: Vedtak i tvisteløsningsnemnda

Drøyt halvparten av de sakene hvor en tillitsvalgt/fagforening har bistått, har dreid seg om sykepleiere og medlemmer av NSF. Dette illustrerer NFS sin strategi i praksis; det vil si tilbud om bistand til og oppfølging av medlemmer som har en sak som man mener utløser fortrinnsrett for deltidsansatte til utvidet stilling framfor at arbeidsgiver foretar ny ansettelse i virksomheten. Det er ingen andre fagforeninger som har bistått i tilsvarende antall saker, nærmest er Fagforbundet, som har bistått i ni saker. Fellesorganisasjonen (FO), Fellesforbundet, Delta, Parat, NITO, Negotia, Den norske legeforening og Norsk Ergoterapeutforbund har bistått i mellom en og tre saker hver. I 86 av sakene er det ikke oppgitt at arbeidstakeren har fått bistand fra en fagforening eller advokat. Arbeidstakeren kan i en del av disse tilfellene likevel ha fått direkte eller indirekte bistand fra en tillitsvalgt eller advokat i å fremme saken for nemnda, men uten at dette kommer fram i vedtaksdokumentet.

2.4 Oppsummering og vurdering

Denne gjennomgangen av kjennetegn ved saker som har vært behandlet i nemnda i perioden 1. januar 2006 til 2. september 2011 kan oppsummeres i følgende hovedpunkter:

- Nemnda har behandlet et betydelig antall saker om fortrinnsrett for deltidsansatte, totalt 196. Det var en betydelig økning i antallet saker per år de første årene. De siste årene synes det imidlertid å ha skjedd en utflating i veksten, og antallet har ligget på pluss/minus 50 saker per år.
- 47 av totalt 196 saker om fortrinnsrett er vedtatt avvist av nemnda. I de resterende 149 sakene er det fattet vedtak hvor arbeidstaker eller arbeidsgiver har fått medhold.
- 133 av totalt 149 saker har omfattet offentlig sektor.
- 114 av sakene har omfattet ulike yrkesgrupper innenfor helse og omsorg. Av disse 114 sakene har hele 84 omfattet sykepleiere.

- Blant yrkesgrupper som ikke kommer inn under helse og omsorg, har nemnda behandlet 26 saker med krav til utdanning på lavere nivå og ni saker med krav til utdanning på høyere nivå.
- 124 av sakene har omfattet kvinner, og 24 har omfattet menn. Én sak inneholder ikke informasjon om kjønn.
- I 59 saker har arbeidstakeren fått bistand fra tillitsvalgt/fagforening med å fremme saken for nemnda, fem har fått bistand fra en advokat, mens i 85 saker er det ikke oppgitt at arbeidstakeren har fått bistand fra andre med å fremme saken for nemnda.

Saker i nemnda og deltidspromblematikken

I kapittel 1 skisserte vi ved hjelp av AKU-tall et bilde av deltidspromblematikken som rammer ulikt i arbeidslivet. Omfanget av ufrivillig deltid er størst i kvinnedominerte yrker uten krav til lengre utdanning. Ufrivillig deltid henger også i noen grad sammen med skift, turnus og annet arbeid utenfor dagtid. Det kan se ut som om det er enkelte lommer i arbeidslivet hvor mange sliter med å oppnå den ukentlige arbeidstiden de ønsker, også når arbeidstakeren følges over en viss tid (Svalund 2011; Nergaard 2010). Helse- og sosialtjenester skiller seg her klart ut sammen med blant annet varehandel samt overnattings- og serveringsvirksomhet og personlig tjenesteyting. Ifølge Svalund (op. cit.) er faren for å bli fastlåst i undersysseissetting over tid klart større blant hjelpepleiere, omsorgsarbeidere og assistenter, renholdere, ansatte i kantine- og serveringsyrker, og barne- og omsorgsarbeidere, enn for andre yrkesgrupper.

Sammenholdt med dette bildet av deltidspromblematikken i arbeidslivet generelt, ser vi at hovedtyngden av saker i nemnda har kommet fra de sektorene og bransjene hvor ufrivillig deltid er mest utbredt. Ufrivillig deltid er et problem som i størst grad rammer kvinner, dette gjenspeiles også i saker for nemnda, hvor kvinner har vært klart dominerende. Blant yrkene innenfor helse og omsorg har saker som har omfattet sykepleiere utgjort et klart flertall av sakene i nemnda. AKU-tallene viser imidlertid at problemet med ufrivillig deltid er vel så stort blant andre yrkesgrupper innenfor helse og omsorg. Norsk Sykepleierforbund har imidlertid hatt en strategi om å fremme alle aktuelle saker for nemnda, noe som har resultert i at en klar overvekt av sakene i nemnda har omfattet sykepleiere.

Oppsummering

Samlet gir framstillingen i dette kapitlet et bilde av at nemnda har behandlet saker fra de delene av arbeidslivet hvor ufrivillig deltid og undersysseissetting er mest utbredt. Nemnda har imidlertid behandlet relativt få saker fra privat tjenesteytende sektor,

hvor vi på bakgrunn av AKU-tall vet at ufrivillig deltid og undersysselsetting er et utbredt problem. Vi har pekt på fagforeningenes ulike strategier som en forklaring på hvorfor sykepleierne har dominert med saker i nemnda, mens andre yrkesgrupper med tilsvarende deltidsproblemer har hatt få eller ingen saker. Manglende kjennskap til nemnda, lav organisasjonsgrad og ulike holdninger til deltid hos både arbeidsgiver og arbeidstaker, kan være mulige forklaringer på hvorfor nemnda har behandlet relativt få saker fra privat tjenesteytende sektor, til tross for at fastlåsing i ufrivillig deltid og undersysselsetting er et problem for mange her.

3 Nemndas vurderinger

En deltidsansatt har fortrinnsrett til utvidet stilling i den grad vedkommende er kvalifisert for stillingen og utøvelse av fortrinnsrett ikke vil innebære vesentlige ulemper for virksomheten, jf. aml § 14-3 (2). Sakene som har vært oppe for nemnda kan deles inn i hovedgrupper etter hvilke vurderingstema som har vært avgjørende for sakens utfall. For å gi et inntrykk av hvilke typer saker nemnda har til behandling, har vi i tabell 3.1 gitt en oversikt over hvor ofte de ulike vurderingstemaene har vært avgjørende i nemndas vedtak, samt i hvor stor grad vurderingene har falt ut i arbeidsgivers eller arbeidstakers favør. Hvorvidt dette er representativt for hvilke punkter som er mest problematisk i praktiseringen av bestemmelsen ute i virksomhetene, vet vi imidlertid ikke. Mange faktorer kan være avgjørende for om en sak blir brakt inn for nemnda eller ikke, og tabellen kan derfor ikke brukes til å si noe om hvor skoen trykker i praksis.

Tabell 3.1 Oversikt over nemndas premisser i saker som er realitetsbehandlet. Antall. (N=149)

Vurderingstema	Antall saker	Arbeidsgiver medhold	Arbeidstaker medhold
Vesentlig ulempe pga oppdeling av stillingen*	36	20	16
Vesentlig ulempe pga sammenslåing av stillinger*	34	16	18
Valg mellom flere	24	24	0
Kvalifisert**	18	13	5
Ny ansettelse	14	10	4
Samme arbeidsoppgaver**	13	12	1
Annet	10	6	4
Totalt	149	101	48

Kilde: Vedtak i tvisteløsningsnemnda

* I enkelte av sakene går disse vurderingstemaene over i hverandre.

** I enkelte av sakene framstår det som mer «tilfeldig» hvilket av disse to vilkårene nemnda har bygget avgjørelsene sine på.

En annen utfordring med å foreta en telling av saker på bakgrunn av vurderingstema, er at vedtakene ikke inneholder alle underlagsdokumentene i saken og det derfor er vanskelig å gi noen oversikt over hva som er arbeidsgivers argumenter for å avslå krav om utvidet stilling i de enkelte sakene. I mange av sakene i tvisteløsningsnemnda påberoper arbeidsgiver seg flere grunner til at fortrinnsrett ikke foreligger. Det er vanskelig å si om dette er argumenter som har vært fremme gjennom hele prosessen, eller som kommer som følge av at saken er brakt inn for nemnda og at ingenting skal være uprøvd. Det kan også være tilfeller der nemnda vurderer vilkår selv om det ikke har vært påberopt at disse ikke er oppfylt. Oversikten tar derfor utgangspunkt i hva som har vært nemndas innfallsvinkel i disse sakene. Dette kan være argumenter som ikke har vært fremme i saken tidligere, men som regel vil det være en sammenheng.

Tabellen viser at det er vurderinger knyttet til vesentlig ulempe som oftest blir brakt inn for tvisteløsningsnemnda, og i de sakene som har vært til behandling i nemnda har 36 falt ut i arbeidsgivers favør og 34 i arbeidstakers favør. I det følgende vil vi se på de tvistepunktene som nemnda oftest har behandlet.² Enkelte av grunnvilkårene har sjelden eller aldri blitt behandlet, og de omtales ikke i det følgende. Dette gjelder for eksempel spørsmålet om hvordan «deltidsansatt» skal forstås.³

3.1 Ny ansettelse

Etter aml § 14-3 oppstår fortrinnsretten idet arbeidsgiver skal foreta en «ny ansettelse» i virksomheten. Enkelte av sakene som har vært oppe for nemnda har berørt spørsmålet om hvorvidt dette inngangsvilkåret er oppfylt.

Intern utlysning eller arbeidsgivers styringsrett?

Et av stridsspørsmålene i tilknytning til vilkåret «ny ansettelse» er hvordan fortrinnsretten skal praktiseres i de tilfeller hvor stillingen bare har blitt utlyst internt, og om

² Formålet med gjennomgangen i kapittel 3 er å løfte fram hvilke vurderinger nemnda har lagt vekt på i de ulike saker, og dermed gi et grunnlag for en vurdering av om nemndas praksis knyttet til bestemmelsens materielle vilkår har vært i tråd med lovgivers intensjoner. Vi har med dette ikke tatt stilling til hvilken relevans og verdi nemndas praksis har som rettskildefaktor, og hvor stor vekt nemndas praksis skal ha i fortolkningen. Det er uansett rimelig å legge til grunn at nemnda selv vil se hen til tidligere praksis i sine vedtak. Dette gjelder i alle fall i den grad flere avgjørelser legger de samme betraktningene til grunn, og en dermed kan si at praksisen er enhetlig. Vi vil i det følgende også trekke fram avgjørelser som ikke nødvendigvis har stor rettskildemessig vekt, men som illustrerer hvordan nemnda har tenkt i den konkrete saken.

³ Se sak 14/06.

arbeidsgiver i kraft av sin styringsrett kan flytte ansatte til en annen stilling uten at vilkåret om ny ansettelse anses oppfylt.

Nemnda har i flere saker lagt til grunn at også intern utlysning kan utløse rett til utvidet stilling. Spørsmålet ble berørt i sak 20/07 som gjaldt en sykepleier som arbeidet i 50 prosent stilling ved kirurgisk poliklinikk. Det ble utlyst internt en 50 prosent stilling ved samme poliklinikk, som klageren krevde fortrinnsrett til. Arbeidsgiveren hadde imidlertid ansatt en annen intern søker, som allerede hadde en 100 prosent stilling. Flertallet i nemnda (dissens 3-2) kom til at dette dreide seg om en «ny ansettelse» i lovens forstand, og ga klager medhold. Mindretallet var på sin side meget kritisk til en slik forståelse av loven. De mente at dette ikke dreide seg om en «ny ansettelse», men internt opprykk og forflytning. Mindretallet viste til at den utlyste stillingen var attraktiv og at det neppe var lovens intensjon at interne søkere som arbeider full tid skulle kunne «forbigås» av deltidsansatte med mindre kvalifikasjoner og/eller kortere ansiennitet til de mer attraktive stillingene på arbeidsplassen. De viste også til at en intern ansettelse vil medføre at det vil bli andre ledige stillinger ved virksomheten og at den deltidsansattes rett til utvidet stilling kunne bli ivaretatt ved at å utøve fortrinnsrett til den stillingen. Mindretallet viste videre til at flertallets standpunkt også avvek fra hvordan bestemmelsen ble praktisert i Sverige og Finland. Flertallet på sin side viste til at det ikke fantes holdepunkter verken i lovens ordlyd eller i forarbeidene for en slik snever tolkning. Nemnda kom til et tilsvarende resultat i sak 45/07 (dissens 3-2), der stillingen også hadde vært utlyst internt.

I sak 49/08 kom imidlertid nemnda til det motsatte resultat. I denne saken var en sykepleier som hadde fått stipend til å utdanne seg til operasjonssykepleier gitt en annen stilling etter endt utdanning. Sykepleieren hadde også arbeidet full tid i forkant av denne etterutdanningen. I denne saken hadde ikke stillingen blitt utlyst internt, men gitt direkte til en annen ansatt. Nemnda vurderte dette som «en intern forflytning fra en avdeling til en annen», og klager fikk ikke medhold i at det var snakk om en «ny ansettelse». Nemnda legger med andre ord til grunn at dette var en beslutning som lå innenfor arbeidsgivers styringsrett.

I en sak fra 2009 var den aktuelle stillingen også utlyst internt (sak 21/09). Her kom flertallet til at vilkåret «ny ansettelse» var oppfylt, men dissensen var den samme som ved sak 20/07. Det samme spørsmålet var også oppe i sak 11/10. Også denne saken ble avgjort under dissens, men her gjaldt uenigheten et annet spørsmål. Ut fra nemndas vedtak synes det som at det i denne saken var *enighet* om at intern ansettelse utløser fortrinnsrett. I dette tilfellet var imidlertid den ledige stillingen utlyst eksternt. Det er dessuten vanskelig å lese ut fra vedtaket om mindretallet tok stilling til dette punktet, da de var uenige med flertallet på andre punkter.

Det kan være vanskelig å dra sikre slutninger ut fra disse vedtakene, men nemnda synes her å legge vekt på om en stilling har vært utlyst internt, og dermed igangsatt en formell ansettelsesprosess, eller om en person har blitt gitt den konkrete stillingen

direkte. Dette synes å være en lite hensiktsmessig tilnærming. Som mindretallet uttrykker det i sak 20/07:

En konsekvens av å gi de deltidsansatte fortrinnsrett på bekostning av bedre kvalifiserte fulltidsansatte vil kunne medføre at arbeidsgiverne unnlater å foreta en seriøs ansettelsesprosess, og i stedet går direkte til de man ønsker. En slik praksis vil neppe være til fordel for de deltidsansatte.

Tilrettelegging

Sak 39/11 gjelder også intern forflytning, men da som en konsekvens av arbeidsgivers tilretteleggingsplikt. Saken gjaldt en sykepleier som ble omplassert til en stilling som helsesøster i henhold til arbeidsgivers tilretteleggingsplikt etter arbeidsmiljøloven § 4-6. En deltidsansatt helsesøster mente at dette var i strid med hennes rett til utvidet stilling. Nemnda kom enstemmig til at det i dette tilfellet ikke var snakk om en «ny ansettelse» i lovens forstand.

Forflytningen av X til helsesøsterstillingen fremstår som en god løsning på arbeidsgivers tilretteleggingsplikt, og en slik forflytning ble i realiteten planlagt i samarbeid med NAV allerede høsten 2008. Nemnda kan ikke se at det har vært lovgivers intensjon at fortrinnsretten etter § 14-3 skal kunne fortrenge slike tiltak. Nemnda finner etter dette at ansettelsen av X må anses som en intern forflytning fra en avdeling til en annen, og ikke som en ny ansettelse i lovens forstand (sak 39/11).

Her synes det som om nemnda har lagt til grunn at arbeidsmiljøloven § 4-6 går foran § 14-3 i de tilfeller disse to bestemmelsene leder mot ulike resultater.

Fortrinnsrett til vikariater med mer

Det er etter nemndas praksis ikke noe vilkår om at den utlyste stillingen som fortrinnsretten skal utøves overfor, må være fast. Fortrinnsretten gjelder også for vikariat (se sak 02/09, 05/09 og 06/09). I sak 66/10 kom nemnda til at omgjøring av et vikariat til en fast stilling innebar en «ny ansettelse» i henhold til § 14-3.

At arbeidsgiver angivelig har et udekket behov for arbeidskraft er ikke tilstrekkelig til at fortrinnsrett kan utøves. Det må dreie seg om en konkretisert tilsetting, se sak 70/10. Et noe spesielt tilfelle finnes i sak 85/10. Her hadde arbeidsgiver gitt en ulovlig midlertidig ansatt fast ansettelse. Dette ble ikke regnet som «ny ansettelse» i lovens forstand.

Oppsummering

Nemnda har lagt til grunn at det finner sted en «ny ansettelse» både der en stilling utlyses eksternt og der den utlyses internt. Arbeidsgiver har likevel en viss mulighet til å forflytte folk i kraft av sin styringsrett, uten at dette utløser fortrinnsrett. Hvis forflytning skjer med bakgrunn i arbeidsgivers tilretteleggingsplikt, vil ikke dette gi andre deltidsansatte rett til å utvide sin stilling. Fortrinnsretten gjelder videre både faste og midlertidige stillinger.

3.2 Vesentlig ulempe

Hvorvidt den lovfestede retten til utvidet stilling får noen praktisk betydning, vil avhenge av hvilket innhold unntaksbestemmelsen gis, altså i hvilke saker fortrinnsrett ikke foreligger på grunn av at dette påfører virksomheten vesentlige ulemper. Begrepet «vesentlige ulemper» er drøftet i den første saken om fortrinnsrett for deltidsansatte som kom inn til nemnda, sak 07/06. I avgjørelsen vises det til lovens forarbeider om at dette vil bero på en konkret vurdering. Både oppdeling av den utlyste stillingen, og sammenslåing av den utlyste stillingen og en annen stilling, kan i prinsippet innebære vesentlige ulemper for virksomheten. Ved oppdeling kan arbeidsgiver bli sittende igjen med en reststilling som er vanskelig å besette. Ved sammenslåing kan dette innebære problemer i turnusplanleggingen, herunder økt belastning for øvrige arbeidstakere i form av helgejobbing eller arbeid på ubekvemme tidspunkter. Disse vurderingene er også betegnende for nemndas praksis i disse sakene, og vi vil i det følgende se nærmere på de ulike vurderingsmomentene.

Oppdeling av den nye stillingen/rekrutteringshensyn

Et relativt vanlig tvistepunkt, sett ut fra de sakene som kommer inn for nemnda, er hvorvidt arbeidstakeren kan kreve å utøve fortrinnsrett for *deler* av den nye stillingen. I nemndas praksis har spørsmålet om oppdeling av stilling blitt vurdert som et spørsmål om det foreligger «vesentlige ulemper», og da gjerne i sammenheng med hvilke konsekvenser en oppdeling vil ha for muligheten til å rekruttere personer inn i reststillingen. Det klare utgangspunkt etter lovens forarbeider er at den deltidsansatte ikke gis adgang til selv å velge sin stillingsbrøk – fortrinnsretten må utøves for hele den ledige stillingen. I sak 07/06 la imidlertid nemnda til grunn at oppdeling likevel kunne være mulig dersom dette måtte til for at utøvelse av fortrinnsretten ikke skulle medføre at den ansatte fikk en stilling på over 100 prosent.

I henhold til de nevnte forarbeider vil forbeholdet om vesentlig ulempe blant annet innebærer at deltidsansatte som gjør fortrinnsrett gjeldende ikke kan velge å søke en andel eller brøk av den utlyste stillingen, men må akseptere hele den utlyste stilling. Dersom den opprinnelige og den utlyste stilling til sammen utgjør over 100 prosent stilling, vil arbeidstakeren likevel som utgangspunkt kunne utøve fortrinnsrett i forhold til den andelen av den ledige stillingen som utgjør den resterende stillingsandel opp til 100 prosent (sak 07/06).⁴

I senere saker har nemnda også akseptert andre unntak fra hovedregelen om at en stilling ikke skal deles opp. I sak 20/06 ville en sykepleier utvide sin stilling til 75 prosent. Her uttaler nemnda:

Nemnda forstår imidlertid ikke forarbeidene slik at fortrinnsretten i alle tilfeller vil være avskåret, uavhengig av om det etter en konkret vurdering kan påvises en vesentlig ulempe for arbeidsgiveren å bli sittende igjen med en lav stillingsbrøk.

Praksis fra nemnda tilsier imidlertid at i de tilfeller arbeidsgiver blir sittende igjen med en reststilling, skal det relativt lite til før det kan sies å foreligge en vesentlig ulempe for arbeidsgiver. I sak 20/08 (dissens 3-2) som gjaldt sykepleier som ville utvide sin stilling til 100 prosent, heter det:

Nemndas flertall, medlemmene Harborg, Brustad og Benum, er enig i at det ikke kan utelukkes at man kan gjøre fortrinnsrett på en del av en utlyst stilling og at virkningen for arbeidsgiver alltid må vurderes konkret, men understreker at på bakgrunn av de klare uttalelsene i forarbeidene må hovedregelen være at en deling av en utlyst stilling vil utgjøre en vesentlig ulempe for arbeidsgiver. I dette ligger at det i slike tilfeller må stilles relativt små krav til arbeidsgivers konkretisering av negative virkninger.⁵

Hvorvidt en oppdeling anses som en vesentlig ulempe i den enkelte sak, baseres på en konkret vurdering av hvilke muligheter arbeidsgiver har for å få fylt reststillingen på en hensiktsmessig måte. Dersom arbeidsgiver blir sittende igjen med en liten stillingsandel, kan dette innebære at det er vanskelig å rekruttere ansatte. I slike tilfeller vil nemnda som regel komme til at oppdeling anses som en vesentlig ulempe. I sak 18/06 la nemnda til grunn at en 25 prosent reststilling isolert vil utgjøre en vesentlig ulempe for kommunen (sykepleier).⁶ Tilsvarende ble 25 prosent reststilling i sakene 20/06

⁴ Tilsvarende i sakene 26/06, 12/07, 13/07, 03/08, 05/08 og 07/10.

⁵ Tilsvarende i sak 26/08 (dissens 3-2), 27/08 (dissens 3-2). Vurderingsmomentet ligger imidlertid fast i etterfølgende saker, også der vedtakene er enstemmige, se f.eks. sak 11/09.

⁶ Arbeidstaker vant likevel fram da en annen ansatt ønsket fortrinnsrett til de resterende 25 prosentene, se sak 19/06.

(sykepleier ønsket utvidelse til 75 prosent) og 13/07 (sykepleier ønsket utvidelse til 100 prosent) ansett å utgjøre en vesentlig ulempe. I ett tilfelle har imidlertid en rest på 20 prosent ikke blitt ansett som vesentlig ulempe (butikkmedarbeider, sak 89/09 dissens 3-2)). I sak 67/10 ble derimot 35 prosent reststilling ansett som en ulempe. Saken gjaldt en spesialsykepleier. I denne saken ble det også vektlagt at stillingen ville bestå av helgejobbing samt en eller to dager i uken, og nemnda la til grunn at denne ville bli vanskelig å fylle. I andre saker har 50 prosent reststilling blitt ansett som ikke å utgjøre en vesentlig ulempe.⁷

Også andre faktorer kan ha betydning for om arbeidsgiver kan rekruttere andre inn i reststillingen. Dersom reststillingen kan fylles av ufaglært arbeidskraft, vil det lettere aksepteres enn der det kreves spesialkompetanse. Det vil også ha betydning om arbeidsgiver kan vise til konkrete rekrutteringsproblemer. Dersom arbeidsgiver kan dokumentere at de sliter med å ansette personer i tilsvarende små stillingsstørrelser, kan dette trekke i retning av at oppdeling vil være en vesentlig ulempe (sak 18 og 19/11). Motsatt, dersom arbeidsgiver tidligere har ansatt andre personer i mindre stillingshjemler, synes dette å bli vektlagt i ulempevurderingen siden det tilsier at det er mulig å skaffe søkere til en liten stillingsandel (sak 27/07 og 28/07). I intervjuene med nemndas medlemmer kom det dessuten fram at virksomhetens størrelse kunne ha betydning, da det generelt er lettere for en større enn for en mindre virksomhet å løse et problem med en liten reststilling.

Dersom flere søkere samlet sett kan gjøre krav på hver sin andel av en utlyst deltidsstilling slik at den kan kombineres med deres stillinger, er rekrutteringsproblemet løst. Utgangspunktet er i slike tilfeller at fortrinnsrett kan utøves (sak 47/07, 26/09, 49/09, 06/10). Spørsmålet blir da om en slik sammenslåing av stillinger utgjør en vesentlig ulempe av andre grunner, for eksempel for turnusplanleggingen. Ut fra denne gjennomgangen ser vi at nemnda aksepterer at den deltidsansatte kun utøver fortrinnsrett for deler av den utlyste stillingen, også der hvor arbeidstakeren i teorien kunne ha tatt hele stillingen uten å jobbe mer enn fulltidsstilling. At arbeidsgiver blir sittende igjen med en reststilling kan imidlertid bli vurdert som en vesentlig ulempe som innebærer at fortrinnsrett ikke foreligger. I denne vurderingen er det avgjørende hvilke muligheter arbeidsgiver har til å rekruttere andre til reststillingen, og momenter som vektlegges er reststillingens størrelse, krav til fagkompetanse, tidligere erfaringer og virksomhetens størrelse.

⁷ INOU 2008: 17 refereres tvisteløsningsnemndas egen forståelse av sin praksis. Her heter det at «dersom arbeidsgiver sitter igjen med en liten rest (25 prosent eller mindre) som er vanskelig å få besatt vil dette ofte kunne medføre en vesentlig ulempe».

Ulempe knyttet til sammenslåing av stillinger og turnusplanlegging

Problemer knyttet til turnusplanlegging må være vesentlige

Forarbeidenes utgangspunkt er at turnusplanlegging og hensynet til de øvrige ansatte kan innebære at fortrinnsrett anses som en vesentlig ulempe. Unntaket er likevel kun ment som en sikkerhetsventil, noe som også er lagt til grunn i nemndas vedtak. Nemnda har flere ganger vist til at turnusplanlegging er et generelt problem i helsevesenet, og at det må noe til før dette kan sies å innebære en vesentlig ulempe:

Problemer knyttet til turnusplanleggingen, herunder helge- og høytidsvakter, er imidlertid en utfordring generelt i helsevesenet. Slik saken er opplyst mener nemnda at det fra kommunens side ikke i tilstrekkelig grad er sannsynliggjort at utøvelse av fortrinnsrett konkret i forhold til A vil gi slike urimelige utslag for virksomheten som loven krever (sak 18/06).⁸

Selv om dette sjelden sies direkte, synes denne tankegangen å være fundert i likestillingshensyn.⁹ Med dette menes at det skal noe til før en i kvinnedominerte yrker med stort innslag av deltidsstillinger, kan argumentere med at utvidelse vil innebære en vesentlig ulempe. En må med andre ord se bort fra generelle utfordringer i bransjen. Dersom en ikke gjør det, vil ikke bestemmelsen om fortrinnsrett kunne avhjelpe problemer med ufrivillig deltid. Likestillingshensynet er også framhevet i forarbeidene.¹⁰

At utøvelse av fortrinnsrett gir urimelige utslag for arbeidsgiver er i henhold til nemndas praksis i seg selv ikke tilstrekkelig. Spørsmålet er om ulempen som oppstår er vesentlig. Som det sies i sak 42/09:

Å redusere antall deltidsstillinger ved avdelinger som denne vil alltid medføre problemer med helgebemanningen. Dette er altså en generell ulempe som vil kunne påberopes av arbeidsgiver i alle saker der fortrinnsrett til utvidet stilling gjøres gjeldende hos en arbeidsgiver med en turnusordning, og som – om den skulle utgjøre en vesentlig ulempe – ville bryte med Stortingets klare forutsetning om at unntakene fra fortrinnsretten skal praktiseres med forsiktighet.

⁸ Tilsvarende sak 19/06 og 05/08.

⁹ Likestillingshensynet har vært uttrykt i noen av de første sakene behandlet av nemnda, se sak 26/06, 12/07 og sakene 47, 48 og 49/07.

¹⁰ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) kap. 17.2.6 hvor det heter at fortrinnsrett «kan være et viktig likestillingspolitisk virkemiddel». Likestillingshensynet har imidlertid også blitt brukt i saker der nemnda har argumentert mot fortrinnsrett. I sak 20/06 ville utøvelse av fortrinnsrett ha medført at arbeidsgiver satt igjen med en ubesatt reststilling på 25 prosent. Nemnda kom her til at dette utgjorde en vesentlig ulempe og uttalte at «[s]å vidt lave stillingsandeler vil etter nemndas syn også være vanskelig å forene med et av hovedhensynene bak bestemmelsen om fortrinnsrett for deltidsansatte som er å styrke kvinners stilling på arbeidsmarkedet og fremme deres reelle muligheter til økonomisk selvstendighet...» Tilsvarende i sak 13/07, 26/08 og 27/08, men ikke i senere saker..

I vesentlighetsvurderingen har nemnda lagt til grunn at det må kreves noe mer enn generelle problemer med turnusplanleggingen. Vurderingen er konkret, og basert på de opplysninger som legges fram for nemnda. I den grad arbeidsgiver bare har påberopt seg en ulempe uten å konkretisere denne, vil dette ofte resultere i at ulempen ikke vurderes til å være større enn det som må aksepteres. I sak 75/10 heter det:

Arbeidsgivers ønske om å ha mange deltidsansatte for enklest mulig å få bemanningskabalen til å gå opp, er etter nemndas vurdering i dette tilfellet heller ikke tungtveiende nok til å begrunne en vesentlig ulempe i denne saken. Argumentasjonen er svært generell, og arbeidsgiver har ikke vist til konkrete ulemper. Et ønske om en noe mer hensiktsmessig sammensetning av stillinger, utgjør ikke en vesentlig ulempe i lovens forstand.

Og i sak 37/09:

Arbeidsgiver har anført at sammenslåinger av slike stillinger vil medføre store belastninger på ledelse og ansatte i form av omlegging av stillingsstruktur og turnusendringer, samt at det vil bli vanskeligere å rekruttere fagpersonell. Det anføres i tillegg at det vil skape behov for enda flere rene helgevaktstillinger. Flere av disse bekymringene fremstår som generelle ulemper som vil forekomme overalt i helsevesenet når stillingsandeler utvides, slik det fremgår av flertallets syn i sak 05/08.

Utstrakt bruk av deltidsstillinger i virksomheten

At virksomheten har en utstrakt bruk av deltid og få fulltidsstillinger, synes også å bli vurdert dit hen at det vil være mulig å gi en ansatt fortrinnsrett uten at det utgjør en vesentlig ulempe for arbeidsgiver. I disse sakene vektlegger nemnda bestemmelsens formål om å redusere andelen ufrivillig deltid – dersom arbeidsgiver har en bemanningsplan som baserer seg på deltidsstillinger, skal det noe til før en utvidelse vil bli vurdert å utgjøre en vesentlig ulempe.

Arbeidsgiver har ikke anført noen annen ulempe enn at utvidelse vil medføre vanskeligheter for helgebemannning, og har ikke vist at dette skyldes en spesiell situasjon eller særskilte problemer ved denne avdelingen. Tvert imot tyder opplysningene i saken på at bemanningsproblemene er av varig karakter, og at arbeidsgiver har basert seg på en bemanning der en stor andel av de ansatte må arbeide deltid for at arbeidsgiver skal kunne få adekvat helgebemannning. Etter nemndas oppfatning er dette som varig løsning uheldig, og i strid med de ønsker lovgiver gir uttrykk for bl.a. gjennom § 14-3 (sak 42/09).

Ved avgjørelsen har nemnda også lagt vekt på at kommunen har svært få fulltidsstillinger sammenholdt med antallet deltidsstillinger. Det må etter nemndas oppfatning være mulig å organisere driften av hjemmesykepleien i kommunen med flere fulltidsstillinger,

uten at dette går ut over tjenestetilbud eller påfører kommunene økte økonomiske forpliktelser (se sak 05/08).

At virksomheten har mange deltidsstillinger er imidlertid ikke avgjørende så lenge det er en balanse mellom antall heltidsstillinger og deltidsstillinger.

Flertallet, medlemmene Harborg, Lea Strøm og Eikrem, finner at selv om antallet deltidsstillinger etter utvidelsen isolert sett er ganske stort, må det sammenliknes med det betydelige antallet heltidsstillinger som finnes for kabinansatte i konsernet. Etter utvidelsen vil ressurspoolen ha i størrelsesorden 290–300 mindre deltidsstillinger, til sammen 80–85 årsverk. Disse skal dekke opp fravær til ferieavvikling og andre legitime formål for 1230 ansatte med til sammen over 1020 årsverk. Slik flertallet ser det, vitner ikke disse tallene om misbruk av deltidsstillinger til å fylle regulære oppgaver. B har dokumentert at ressurspoolen i det alt vesentlige benyttes til å dekke opp for ferieavvikling, fravær til nødtrening og ved irregulariteter. At poolen ev. har en kapasitet som går noe utover dette slik at den også kan dekke fravær på annet grunnlag, gir den ikke et slikt omfang at de nye ansettelsene må anses å være i strid med § 14-3 (sak 86/10 til 109/10 dissens 3-2).

Hensynet til lovlige arbeidstidsordninger

Dersom sammenslåing av to stillinger medfører at virksomheten har for få ansatte til å få til en turnus som ligger innenfor lovens arbeidstidsreguleringer, vil dette kunne utgjøre en vesentlig ulempe. I sak 26/10 (dissens 3-2) argumenterte arbeidsgiver blant annet med at en utvidelse ville ha medført at klageren måtte arbeide oftere enn annenhver helg, og at dette var i strid med arbeidsmiljøloven § 10-8. Nemndas flertall henviste til forarbeidene¹¹ og uttalte:

I lovens forarbeider vises riktignok til at 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» og det anerkjennes at et økt antall heltidsstillinger i et slikt tilfelle kan utgjøre en vesentlig ulempe. Flertallet er enig i det som et generelt synspunkt, men finner at det ikke kan strekkes så langt at arbeidsgiver fritt kan organisere virksomheten slik at de ansatte må arbeide deltid for å få tilstrekkelig helgebemannning.

Nemnda legger altså til grunn at arbeidsgiver i slike tilfeller kan ha plikt til å legge om arbeidstidsordningene slik at utøvelse av fortrinnsrett ikke vil medføre en lovstridig ordning.

Tilsvarende resonnement ligger til grunn for sak 48/07 (dissens 3-2). Her vises til det Innst. O. nr. 100 (2004-2005) og uttalelsen «Det vises til at departementet i

¹¹ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 227.

svar til komiteen presiserer at arbeidsgiver bare unntaksvis skal ha rett til å vise til at fortrinnsretten er til vesentlig ulempe». Dette tolkes av flertallet som at slike forhold først og fremst kan utgjøre en vesentlig ulempe der problemet er av midlertidig karakter:

Etter flertallets oppfatning vil derfor slike forhold som nevnt i forarbeidene først og fremst kunne utgjøre en vesentlig ulempe der problemet må forventes å være av forbigående karakter – dvs. der man for tiden står i en ekstraordinær situasjon der man er særskilt sårbar for slike endringer. I dette tilfellet argumenterer imidlertid arbeidsgiver slik at enhver utvidelse fremstår som uaktuell inntil noen slutter i en fulltidsstilling. Det er vanskelig å se at en slik holdning er i overensstemmelse med Stortingets forutsetninger.

Dersom fortrinnsretten gir den deltidsansatte mer ubekvem arbeidstid, men uten at det er lovstridig, vil hun som utgangspunkt ikke kunne velge hvilke vakter som skal inngå i den utvidede stillingen.

Nemnda registrerer at arbeidsgiver har tilbudt arbeidstaker utvidet stilling, men med økt helgebelastning i form av en ekstra helgevakt. Nemnda kan ikke se at § 14-3 gir arbeidstaker krav på at utvidelsen skal skje ved bestemte vakter, iallfall så lenge arbeidsgivers tilbud ligger innenfor arbeidsgivers normale arbeidstidsordning og ikke strider mot den enkeltes arbeidsavtale, tariffavtale eller lovgivningen. Her har også arbeidsgiver foretatt en mest mulig lik fordeling av de ubekvemme vaktene (sak 14/10).

Nemnda legger med andre ord til grunn at arbeidstakeren som utgangspunkt må ta den ledige stillingen slik den står, og ikke kan utøve fortrinnsrett, innenfor en bestemt del av vaktplanen. Dersom den deltidsansatte skulle kunne ha valgt hvilke vakter utvidelsen skulle omfatte, vil dette lett kunne ha medført at andre ansatte ville ha fått en høyere turnusbelastning. Dette momentet blir imidlertid ikke henvist til i denne konkrete saken.

Arbeidsgivers opptreden

Har arbeidsgiver derimot vist vilje til å løse problemet, uten at løsning er oppnådd, taler dette for at det foreligger en vesentlig ulempe:

Nemndas flertall, medlemmene Harborg, Strøm, Skaug og Ask-Henriksen, legger til grunn at stillingene på 25 prosent vanskelig lar seg kombinere med As nåværende turnus idet hun vil få en samlet helgebelastning som går utover det de ansatte vil akseptere. Det legges i interesseavveiningen vekt på at arbeidsgiver i denne ansettelsesomgangen har vist vilje til å utvide stillingsandelene til deltidsansatte som ønsker det, og også at en endring av turnusordningen, for eksempel slik at det blir innført en fleksiturnus, ikke er ønskelig fra de ansattes side. Flertallet kan etter

dette ikke se at stillingene på 25 prosent uten vesentlig ulempe kan tildeles A (sak 29/10 dissens 4-1).¹²

Det kreves etter nemndas synspunkt noe mer av arbeidsgiver enn å spørre andre ansatte om de kunne tenke seg å arbeide mer på ubekvemme tidspunkt:

Det legges i denne vurderingen også vekt på at arbeidsgiver i svært beskjeden grad har gjort konkrete forsøk på å overkomme vanskelighetene. Uten å utdype det nærmere viser arbeidsgiver til at de øvrige ansatte har blitt spurt om de kunne tenke seg å jobbe flere helger, men at det ikke var interesse for det. Etter nemndas oppfatning må det i dette tilfellet kunne kreves mer av arbeidsgiver for å tilrettelegge for ansattes utøvelse av fortrinnsrett (sak 42/09).

I dette ligger det at arbeidsgiver kan måtte innføre en annen turnusordning for å få større stillinger. Dette er i tråd med nemndas argumentasjon i øvrige saker.

Oppsummering

Nemndas vedtak viser at det skal noe mer til enn generelle problemer med turnusplanleggingen før det foreligger en ulempe som er vesentlig. Arbeidsgiver kan i de konkrete tilfellene ha plikt til å endre turnusordningen for å legge til rette for en utvidelse. Dette gjelder særlig dersom arbeidsgiver har basert seg på utstrakt bruk av deltidstillinger som en varig løsning. Arbeidstaker kan imidlertid ikke selv velge hvilke vakter som skal ligge i den utvidede stillingen. Dersom det isolert sett er mange deltidstillinger, men at antallet balanserer med antall heltidstillinger, kan dette tale for at fortrinnsrett likevel ikke foreligger. Arbeidsgivers vilje eller manglende vilje til å løse problemet vil kunne vektlegges.

3.3 Valg mellom flere fortrinnsberettigede

I 24 av sakene for nemnda har det vært flere fortrinnsberettigede deltidansatte til stillingen. I slike tilfeller tar ikke nemnda stilling til hvem som skal få utøve sin fortrinnsrett. Tilsvarende dersom den omtvistede stillingen er gitt til en annen fortrinnsberettiget, gis ikke klager medhold i sin klage. Nemnda overprøver med andre ord ikke arbeidsgivers avgjørelse i disse sakene. En klar begrunnelse for denne praksisen kommer første gang i sak 29/07. Her heter det:

Twisteløsningsnemnda bemerker videre at arbeidsmiljøloven § 14-3 ikke gir noen veiledning om hvordan man skal prioritere flere fortrinnsberettigede eller hvilke krav

¹² Dette ble også vektlagt i sakene 86/10 til 109/10.

som skal stilles til kvalifikasjoner. Slik saken er opplyst foreligger det etter nemndas syn ikke grunnlag for å overprøve arbeidsgivers vurderinger på dette punkt. A sitt krav om fortrinnsrett tas etter dette ikke til følge.

Tilsvarende formuleringer benyttes i senere vedtak (56/11):

Regelen gir ikke noen veiledning om hvordan man skal prioritere mellom flere fortrinnsberettigede, og det må derfor i utgangspunktet tilligge arbeidsgiver å foreta den prioriteringen. Slik saken er opplyst foreligger det etter nemndas syn ikke grunnlag for å overprøve arbeidsgivers vurdering i valget mellom flere fortrinnsberettigede.

Nemnda overlater i utgangspunktet avgjørelsen til arbeidsgivers skjønn, men har likevel lagt inn en liten sikkerhetsventil ved at dette «i utgangspunktet» ligger til arbeidsgiver. Nemnda har aldri overprøvd arbeidsgivers vurderinger i disse sakene, og det er heller ikke sagt noe om hva som skal til for at nemnda skulle gjøre dette. Det kan imidlertid tenkes at dersom arbeidsgiver klart har vektlagt usaklige grunner, for eksempel for å omgå klagerens fortrinnsrett, så vil nemnda gripe inn i skjønnsutøvelsen.

3.4 Kvalifikasjonskravet

Hvorvidt en arbeidstaker er kvalifisert til stillingen og om stillingen har om lag de samme arbeidsoppgavene, kan være to sider av samme sak. I nemndas praksis skilles det imidlertid mellom disse to vilkårene, og vi har derfor valgt å behandle dem hver for seg.

Nemndas vurdering av vilkåret om at arbeidstaker er kvalifisert til den nye stillingen, er til dels vanskelig å vurdere. I flere av avgjørelsene er det vist til sakens dokumenter, uten at det vesentlige i denne er gjengitt, se for eksempel sak 33/07.

Arbeidsgiver definerer hva stillingen krever

Utgangspunktet for nemndas vurderinger er at det er opp til arbeidsgiver å bestemme hva som kreves i en bestemt stilling, så lenge de kravene som stilles er lovlige (sak 12/10). Som nevnt i kapittel 1, viser forarbeidene til at det skal legges samme forståelse til grunn her som etter § 14-2. Det avgjørende er om arbeidstakers kvalifikasjoner tilsvarer det som normalt kreves for stillingen.

Det avgjørende er om søkerens kvalifikasjoner isolert sett tilfredsstiller de krav som knytter seg til stillingen. Dette beror på en konkret vurdering hvor arbeidstakers faglige og personlige forutsetninger, vurdert opp mot blant annet utlysningsteksten for stillingen, vil være relevant (sak 7/20).

I tråd med fortrinnsretten etter § 14-2 er det ikke avgjørende hvordan arbeidsgiver har definert behovet i utlysningsteksten. Avgjørende er hva som er nødvendig for å dekke virksomhetens behov:

For så vidt gjelder angjeldende tvist mener nemnda at det ikke kan legges avgjørende vekt på annonsetekstens utforming ved vurderingen av hvilke faglige og personlige kvalifikasjoner som er påkrevd for stillingene. Det avgjørende må etter nemndas oppfatning være hvilke kvalifikasjoner som er nødvendig for å dekke virksomhetens behov (sak 09/06).¹³

Ikke nødvendigvis den best kvalifiserte

Dersom klageren er kvalifisert til stillingen, er det uten betydning om den eksterne søkeren er bedre kvalifisert. I sak 20/07 heter det:

Nemnda vil bemerke at det i vurderingen av om A har de nødvendige kvalifikasjoner til stillingen, og således om hun er fortrinnsberettiget, ikke er relevant å se hen til om andre søkere er bedre kvalifisert.¹⁴

Både faglige og personlige kvalifikasjoner kan tas hensyn til

I forarbeidene heter det at både faglige og personlige forutsetninger kan tas hensyn til. Dette er også lagt til grunn i nemndas praksis, se for eksempel sak 09/06. Hva gjelder faglige kvalifikasjoner, er det ikke avgjørende om klageren har behov for noe opplæring for å kunne fylle den nye stillingen. I sak 85/09 (dissens 4-1) mente flertallet at behov for et todagers kurs ikke er tilstrekkelig til å si at klageren ikke er kvalifisert. Spørsmål om opplæring er ellers i liten grad berørt i nemndas praksis. Dette kan ha en sammenheng med at dersom opplæring er nødvendig, vil sjelden vilkåret om at arbeidsoppgavene skal være om lag de samme være oppfylt (se nedenfor).

Personlige egenskaper blir ofte vurdert i den grad det kan synes som det foreligger tidligere samarbeidsproblemer mellom klageren og dens kollegaer. Nemnda har imidlertid lagt til grunn at mange ulike faktorer kan ha en betydning ved denne vurderingen. I sak 28/06 uttaler nemnda seg om vurderingsmomentet:

Med personlige forutsetninger menes blant annet personlige egenskaper som har betydning for hvordan vedkommende kan utføre sine egne arbeidsoppgaver. Dette kan for eksempel være evnen til å motivere medarbeidere i relasjon til en lederstilling, overtalelsesevner i relasjon til en salgsstilling eller serviceinnstilling eller kunde-/klienttekte i relasjon til et serviceyrke. I tillegg vil det kunne legges

¹³ Tilsvarende i sakene 14/07, 21/08 og 59/10.

¹⁴ Tilsvarende i sakene 45/07, 13/10 og 10/11.

vekt på om vedkommende arbeidstaker skaper større samarbeidsproblemer, eller på andre måter medvirker til et dårligere arbeidsmiljø for andre.

Betydningen av at arbeidsgiver ikke tidligere har tatt opp kritikkverdige forhold

Det har i denne sammenheng ikke avgjørende betydning at arbeidsgiver har unnlatt å ta tak i kritikkverdige forhold tidligere:

Den omstendighet at manglende kvalifikasjoner ikke av en arbeidsgiver har vært påberopt som oppsigelsesgrunnlag fra deltidsstillingen er, etter nemndas oppfatning, ikke i seg selv avgjørende for om vedkommende er kvalifisert i forhold til å kunne utøve fortrinnsrett til en annen stilling eller utvidelse av den aktuelle deltidsstillingen. Vurderingen av søkers kvalifikasjoner må skje ut i fra de krav og forutsetninger som stilles til den eller de stillinger som det kreves fortrinnsrett til. Disse kan være andre enn de som anses nødvendige i forhold til deltidsstillingen (sak 28/06).

I enkelte av sakene synes det som om klageren har blitt innstilt til stillingen, (men ikke på første plass,) før arbeidsgiver har vært klar over at vedkommende kunne ha fortrinnsrett til den. Nemnda har da lagt til grunn at arbeidstakeren har oppfylt vilkåret om å være kvalifisert. At arbeidsgiver senere har skiftet mening, tillegges ikke betydning i denne sammenheng, se sakene 45/07, 07/09 og 27/10.

Oppsummering

Det er opp til arbeidsgiver å vurdere hvilke krav som skal stilles til en stilling, så lenge disse er lovlige. I vurderingen av om klageren er kvalifisert kan både personlige og faglige egenskaper vektlegges. At arbeidsgiver ikke tidligere har tatt opp kritikkverdige forhold med den ansatte, forhindrer ikke at arbeidsgiver kan vektlegge disse tingene i kvalifikasjonsvurderingen. Nemnda legger dessuten til grunn at klageren ikke trenger å være den best kvalifiserte søkeren for å utøve fortrinnsrett, så lenge hun er kvalifisert.

3.5 Samme arbeidsoppgaver

Hvilke stillinger fortrinnsretten gjelder, kommer ikke fram av lovteksten. I Innst. O. nr. 100 (2004-2005) heter det at fortrinnsretten kun gjelder stillinger med om lag de samme arbeidsoppgavene som den deltidsansatte allerede utfører.¹⁵ Denne forståelsen er også lagt til grunn av nemnda (se sak 13/09 (dissens 4-1), 27/09 (dissens 4-1)). Det er ikke relevant i denne sammenheng om vedkommende er kvalifisert for den nye

¹⁵ Innst. O. nr. 100 (2004-2005) pkt. 17.2.

stillingen. I sak 52/10 fikk en sykepleier med etterutdanning som jordmor ikke medhold i at hun hadde fortrinnsrett til en stilling som jordmor.¹⁶

Vurderingen av hva som er samme arbeidsoppgaver må nødvendigvis gjøres konkret i den enkelte sak. I nemndas vurderinger er det lagt vekt på hvilke oppgaver som ligger til stillingen, hvor i organisasjonen stillingen er plassert og hvordan stillingen samlet sett framstår. I sak 61/10 legger dessuten nemnda vekt på at den nye stillingen har andre utdanningskrav enn den stillingen klageren hadde fra før. Saken gjaldt en miljøarbeider som var utdannet ergoterapeut, og som søkte en utlyst stilling som ergoterapeut. Men motsatt, at to stillinger har likt utdanningskrav er *ikke avgjørende* dersom stillingen har ulikt innhold. I sak 82/10 uttalte nemnda:

At det i utlysningstekstene til de to respektive stillingene tilsynelatende er oppstilt samme utdanningskrav, kan etter nemndas syn ikke tillegges avgjørende vekt. Det er stillingenes reelle innhold som må være avgjørende for vurderingen

Vurderingen tas samlet av de arbeidsoppgavene som ligger til de to stillingene som skal sammenliknes. Tvilstilfeller kan oppstå der den nye stillingen delvis inneholder noen av de arbeidsoppgavene den deltidsansatte utfører i dag, se sak 80/10, der flertallet (dissens 3-2) uttalte at arbeidsoppgavene i hovedsak er andre.

3.6 Ansvar for sakens opplysning

Utgangspunktet er at det er nemnda selv som har ansvar for sakens opplysning. Nemnda har imidlertid i flere saker lagt til grunn at arbeidsgiver har en viss plikt til å dokumentere at vilkårene for fortrinnsrett ikke er oppfylt. Manglende dokumentasjon eller konkretisering fra arbeidsgivers side vil kunne medføre at arbeidsgiver ikke får medhold.

Det må stilles krav til arbeidsgivers begrunnelse og dokumentasjon når den legger til grunn at fortrinnsretten ikke utløses som følge av manglende kvalifikasjoner hos søkeren. Nemnda finner ikke at B i tilstrekkelig grad har dokumentert at A ikke er kvalifisert for stillingen slik den er beskrevet i utlysningsteksten (sak 20/07).

I denne saken hadde arbeidsgiveren kun sammenliknet klagerens kvalifikasjoner med kvalifikasjonene til den personen som ble ansatt, og dermed ikke sannsynliggjort at klageren ikke var kvalifisert.

Arbeidsgivers manglende konkretisering tillegges ofte vekt når det gjelder spørsmålet om det foreligger vesentlige ulemper. I enkelte saker hvor vanskeligheter tilknyttet

¹⁶ Tilsvarende i sak 61/10 der klageren var ansatt som miljøterapeut, men utdannet ergoterapeut. Vedkommende fikk ikke medhold i fortrinnsrett til stilling som ergoterapeut.

turnusplanlegging har vært diskutert, har nemnda lagt til grunn at arbeidsgiver ikke i tilstrekkelig grad har sannsynliggjort at fortrinnsrett vil medføre en tilstrekkelig ulempe.

Det må påhvile arbeidsgiver å godtgjøre at lovens krav til vesentlig ulempe foreligger og at det i større grad enn her er gjort konkrete forsøk på å overkomme vanskelighetene. Det bemerkes særlig at arbeidsgiver ikke synes å ha vurdert å fordele reststillingen på to andre kvalifiserte deltidsansatte som også søkte utvidelser av sine stillinger. En generell henvisning til at det vil være vanskelig å få gjennomført helgeturnusen er ikke tilstrekkelig (26/09).

Det er vanskelig å lese ut fra vedtakene i hvilken grad nemnda har forsøkt å få arbeidsgiver til å konkretisere disse ulempene. Slik som nemnda har formulert seg i disse sakene, kan det imidlertid tyde på at det har vært rimelig klart at vesentlige ulemper ikke forelå. I en sak fra 2007 synes imidlertid nemnda å gå relativt langt i å kreve at arbeidsgiver konkretiserer problemene.

Arbeidsgiver har ikke opplyst hvor mange sykepleiere som går i samme turnus eller hvor lang turnusperioden er, og følgelig ikke sannsynliggjort at utøvelse av fortrinnsretten i dette konkrete tilfellet vil føre til brudd på lovens regler om ukentlig hvile.

Arbeidsgiver har opplyst at det høsten 2006 i forbindelse med utarbeiding av nye arbeidstidsplaner ble kartlagt at tilsettingsgruppa ikke ønsket helgearbeid oftere enn hver tredje helg.

Nemnda har imidlertid ikke grunnlag for å vurdere om fortrinnsretten i dette tilfellet ville ha medført «et betydelig innslag av arbeid på ubekvemme tidspunkter» for de øvrige ansatte.

I en situasjon som den foreliggende må det påhvile arbeidsgiver å godtgjøre at lovens krav om vesentlig ulempe foreligger, utover en generell henvisning til en eksisterende helgeturnus hver tredje uke (sak 12/07 (dissens 3-2 på bevisbyrden)).

Vedtaket ble imidlertid fattet under dissens, og mindretallet pekte på at kjernespørsmål i saken ikke var opplyst og at bevisbyrden feilaktig ble lagt på arbeidsgiver.

4 Dissenser

Nemnda består av totalt fem medlemmer som fatter vedtak ved simpelt flertall. Foruten nemndas tre faste medlemmer oppnevnes det to «bransjemedlemmer» i den enkelte sak. De faste medlemmene består av en leder samt en person oppnevnt fra NHO og en fra LO. Med to representanter fra hver av partene og en nøytral leder er nemnda satt sammen på en slik måte at lederen i praksis alltid vil være blant flertallet når saker avgjøres. Saker som er avgjort med dissens fra to medlemmer (3-2 vedtak), innebærer at «partsrepresentanten» blant nemndas faste medlemmer og bransjemedlemmet har gått sammen og er uenige i flertallets vurderinger av saken. Saker som er avgjort med dissens fra ett medlem (4-1 vedtak), innebærer som regel at ett av de saksoppnevnte bransjemedlemmene har gått imot flertallets vurderinger. Her ser vi nærmere på vedtak som har vært fattet med dissens, og om det kan trekkes noen hovedlinjer på grunnlag av disse.

Tabell 4.1 gir oversikt over antall dissenser i saker om fortrinnsrett i perioden 1. januar 2006 til 2. september 2011. I tabellen har vi skilt mellom enstemmige vedtak og vedtak fattet mot henholdsvis én eller to stemmer.

Tabell 4.1 Dissenser i saker som har blitt realitetsbehandlet. Antall. (N=149)

	Enstemmig	Dissens fra 1	Dissens fra 2
Arbeidstaker gis medhold	26	4	18
Arbeidsgiver gis medhold	75	14	12
Total	101	18	30

Kilde: Vedtak i tvisteløsningsnemnda

Av tabellen ser vi at nemnda har fattet enstemmige vedtak i 101 av de 149 sakene. 30 saker har vært fattet med dissens fra to medlemmer, mens 18 saker har vært fattet med dissens fra ett medlem. Videre ser vi at nærmere halvparten av de vedtakene hvor arbeidstaker har fått medhold har vært fattet med dissens. Til sammenlikning ser vi at saker der arbeidsgiver har fått medhold i større grad har vært fattet på grunnlag av en enstemmig vurdering fra nemnda – i disse tilfellene har det bare vært dissens i cirka en fjerdedel av avgjørelsene.

Det er i første omgang interessant å se nærmere på sakene som har blitt vedtatt med dissens fra to medlemmer. Totalt 30 av de 149 sakene har vært fattet med dissens fra to medlemmer. Av disse 30 sakene har 18 vært saker hvor arbeidstaker har fått medhold, mens 12 har vært saker hvor arbeidsgiver har fått medhold. Antallet saker som har blitt avgjort med dissens fra to medlemmer er for få til at vi kan si noe generelt om disse. Vurderingene er konkrete og knyttet til de aktuelle sakene. Dersom vi likevel skal sortere disse sakene i noen hovedkategorier for å framheve fellestrekk, så vil vi peke på følgende:

I de sakene hvor arbeidsgiver har fått medhold, har mindretallets vurderinger (arbeidstakersiden) vært knyttet til grunnlaget for å ta hensyn til arbeidsgivers argumenter om «vesentlig ulempe», slik som ulempe forbundet med liten reststilling, ulempe ved helgebemanning/generell bemanningsulempe samt ulempe forbundet med oppdeling av stilling og hensynet til forsvarlig drift. Bare i én sak har dissensen vært begrunnet i kravet til om lag samme arbeidsoppgaver.

I de sakene hvor arbeidstaker har fått medhold er det vanskeligere å peke på noen hovedbegrunnelser for mindretallets (arbeidsgiversiden) vurderinger, som i mange tilfeller er svært konkrete og knyttet til den enkelte sak. I elleve av de 18 sakene har imidlertid mindretallets vurderinger vært knyttet til vurderinger av ulike ulemper en innfrielse av kravet vil medføre for arbeidsgiver. Fire av de 18 sakene har vært begrunnet med at arbeidsgiver har basert seg på utstrakt bruk av deltid, og arbeidsgiverrepresentantenes dissens i disse sakene har vært knyttet til en vurdering av denne begrunnelsen.

Tabell 4.1 illustrerer at representantene både fra arbeidsgiversiden og fra arbeidstakersiden har tatt dissens i saker om fortrinnsrett for deltidsansatte, men at arbeidsgiversiden både i antall og andel av sakene oftest har stått for dissensen. I intervju påpeker nemndas leder at ulempevurdering handler om en interesseavveining, og at kravene til arbeidsgiver varierer til dels mye med de ulike sakene. Begrunnelsene varierer, og den «røde tråden» i nemndas praksis kan bli borte, eller vanskelig å få øye på. Følgelig er det også i tilknytning til ulempevurderingene vi finner at sakene er avgjort med dissens.

Nemndas faste medlemmer framholder i intervjuene at de først og fremst ser det som sin oppgave å være del av et forvaltningsorgan hvor de juridiske begrunnelsene – og ikke organisasjonenes politikk og ideologi – er avgjørende for utfallet i den enkelte sak. Det ble påpekt at nemndas faste medlemmer føler seg forpliktet til å stå for det som er gjeldende rett, og at man i denne settingen må forholde seg til at man ikke først og fremst er partsrepresentanter. Det ble vist til at nemndemedlemmene nå ofte brukte lengre tid på å forberede seg før en sak skal behandles, sammenliknet med hva som var tilfellet da nemnda var nyetablert. Dette ble begrunnet med at man nå legger større vekt på de juridiske vurderingene og at det tar lengre tid å sette seg inn i problemstillingene i den enkelte sak. Det ble også påpekt at nemnda gjennom sine vurderinger har lagt seg på en nokså streng linje, noe som i seg selv ble ansett for å være rettsskapende. På bakgrunn av disse innspillene som kom fram i intervju med nemndas faste medlem-

mer, har vi sett nærmere på om det har vært noen endring i nemndas avgjørelser over tid. Generelt finner vi at det har vært færre saker som er fattet med dissens de siste to årene, sammenliknet med tidligere år. Av de 18 sakene som ble avgjort i 2011 (per 2. september) var samtlige basert på en enstemmig avgjørelse fra nemnda. I 2009 ble til sammenlikning hele elleve av 44 saker vedtatt med dissens fra to, mens fem saker ble vedtatt med dissens fra én. I 2009 var altså drøyt en tredjedel av vedtakene avgjort med dissens. En delforklaring til disse variasjonene over tid kan – som vi har påpekt – skyldes at nemnda har etablert en felles forståelse/praksis for vedtak i slike saker. En annen forklaring kan være knyttet til innholdet i de sakene som kommer inn og hvor lett eller vanskelig det er for nemnda å komme fram til en enstemmig avgjørelse.

Oppsummering

Totalt 48 av 149 saker har vært fattet med dissens fra ett eller to medlemmer. Av de 48 sakene med dissens har 30 saker vært fattet med dissens fra to medlemmer. Det har vært flest dissenser fra to i saker hvor arbeidstaker har fått medhold. Både i saker hvor arbeidsgiver har fått medhold og i saker hvor arbeidstaker har fått medhold har dissensen i de fleste tilfellene vært knyttet til grunnlaget for å ta hensyn til/ikke ta hensyn til arbeidsgivers argumenter om «vesentlig ulempe». Generelt har det vært færre saker som er fattet med dissens de siste to årene sammenliknet med tidligere år. En delforklaring kan være at nemnda har etablert en felles forståelse/praksis for vedtak i slike saker. En annen forklaring kan være knyttet til innholdet i de sakene som kommer inn.

5 Avviste saker

Twisteløsningsnemnda har ingen formell hjemmel til å avvise saker, men gjør dette dersom forutsetningene for å realitetsbehandle sakene ikke er til stede. Av totalt 196 saker om fortrinnsrett for deltidsansatte ble 47 avvist, noe som utgjør 24 prosent. Nemnda har etter en formålsbetraktning lagt til grunn at der spørsmål om avvisning kun er knyttet til prosessuelle spørsmål og ikke til bransjekunnskap, så kan saken behandles av tvisteløsningsnemndas faste medlemmer alene. Med andre ord uten at medlemmene som representerer den aktuelle bransje er til stede, se for eksempel sak 12/06 og 32/07. Den mest utbredte årsaken til at saker avvises er at saken er framsatt for sent, men også andre grunner, som manglende rettslig interesse eller at tvisten allerede er avgjort, kan begrunne avvisning.

Etter forskrift av 16. desember 2005 nr. 1569 om tvisteløsningsnemnd etter arbeidsmiljøloven § 3(3) skal saker fremmes senest innen fire uker etter at arbeidsgiver avsto krav fra arbeidsgiver. I alt 36 av de 47 avviste sakene er avvist på grunn av at fristen for å klage er oversittet. De øvrige er avvist fordi det manglet rettslig interesse, for eksempel fordi den aktuelle arbeidstakeren likevel hadde fått utvidet stilling, eller ved at saken ikke var tilstrekkelig opplyst.¹⁷ En sak er også avvist da den ble ansett som rettskraftig avgjort.

Etter forskriften § 3 begynner fristen å løpe idet «arbeidsgiver avsto krav fra arbeidstaker». Nemnda har lagt til grunn at det ikke kan stilles noe krav til avslagets form. Det kreves med andre ord ikke at dette må være skriftlig. Et muntlig avslag er tilstrekkelig. Hva gjelder avslagets innhold, legger nemnda til grunn at det skal gis et tydelig uttrykk for avslaget (se sak 82/09). Dette kan for eksempel være at en annen søker er tilsatt i den aktuelle stillingen. Arbeidsgiver må med andre ord ikke uttrykkelig nevne at vedkommende arbeidstaker ikke anses å ha fortrinnsrett.

Ved beregning av fristen legger nemnda til grunn tilsvarende prinsipper som etter forvaltningsloven §§ 29 og 30 samt domstolloven § 148 og 149. Det er altså tilstrekkelig at avslaget har kommet fram til den ansatte, det trenger ikke å være kommet til kunnskap. Dersom klageren er på ferie eller liknende, vil ikke dette innebære at fristen forlenges (se sakene 32/07 og 32/08).

¹⁷ Se sak 41/08 der klageren hadde fått utvidet stilling, og sak 55/07 der vikariatet som var omtvistet hadde falt bort.

Hvis en ser nærmere på de sakene som avvises på grunn av oversittelse av fristen, kommer det i de fleste av sakene ikke fram om det er noe særskilt grunn til at saken er fremmet for sent. Det kan tenkes at dersom partene har forsøkt å løse saken lokalt, for eksempel gjennom forhandlingsmøter, før tvisten tas videre til nemnda, tar denne prosessen lett lengre tid enn fire uker. Hvis en ser på vedtakene, er det ikke uvanlig at den ansattes fagforening har vært inne i saken. I vel en tredjedel av sakene kommer det fram av vedtaket at det har vært ført drøftings-/forhandlingsprosess mellom partene før klage ble framsatt. Hvilke prosesser som har foregått lokalt, har imidlertid ikke etter nemndas praksis hatt betydning for fristberegningen.

Nemnda har i enkelte tilfeller gitt oppreisning for oversittelse av fristen. Dette har imidlertid aldri vært gjort i saker som har omhandlet fortrinnsrett for deltidsansatte. Lovgiver har ikke uttrykkelig åpnet for at oppreisning kan gis, men nemnda har basert seg på en analogisk anvendelse av forvaltningsloven § 31. Dette innebærer at fristoppreisning kan gis såfremt a) klageren ikke kan lastes for å ha oversittet fristen eller b) det av særlige grunner er rimelig at klagen blir prøvd. Det skal ved avgjørelsen legges vekt på hvorvidt det kan medføre skade eller ulempe for andre om saken blir behandlet til tross for oversittelse av fristen. Det må etter nemndas vurdering kreves helt «ekstraordinære omstendigheter» for at oppreisning skal gis (sak 69/10). I den grad nemnda har vurdert en anførsel om oppreisning, har alltid NHOs representant tatt dissens på at nemnda i det hele tatt har mulighet til å fravike fireukersfristen.

Et vedtak i tvist om redusert arbeidstid og fritak fra nattarbeid (sak 51/07) brukes som standard i nemndas vurdering av oppreisningsspørsmålet. Saken gjaldt en arbeidstaker på 64 år som ønsket reduksjon av stillingen samt fritak fra nattarbeid på grunn av helseproblemer. Nemnda viste først til at klageren, i etterkant av avslaget, hadde arbeidet for at direktoratet skulle instruere arbeidsgiveren (B) om å endre standpunkt. Nemnda uttalte videre:

Det legges også vekt på at B ikke har påberopt seg at saken er for sent fremmet, og at det neppe vil medføre skade eller ulempe for B om saken blir behandlet nå, ettersom saken er av en slik art at A kunne sendt inn ny søknad og derigjennom fremtvunget ny behandling. Det presiseres i den forbindelse at det så vidt nemnda kan se, ikke har kommet til nye forhold som tilsier at saken står i en annen stilling nå enn da den ble avgjort av arbeidsgiver.

Nemnda vektla også at saken hadde særlig stor betydning for A grunnet hans alder og helsetilstand. «Han har uttrykt et sterkt ønske om å få saken behandlet uten å måtte gå igjennom søknadsprosessen nok en gang for eventuelt å få opp en ny sak med samme innhold.» Vedtaket kom ett og et halvt år etter at kravet ble fremmet overfor arbeidsgiveren.

Oppsummering

Fristen for å fremme sak til nemnda er absolutt, og nemnda har aldri gitt en klager oppreisning for oversittelse av fristen i saker om fortrinnsrett. Nemnda utelukker imidlertid ikke at det kan finnes saker hvor oppreisning kan gis.

6 Avslutning

Nemnda har behandlet saker fra de delene av arbeidslivet hvor ufrivillig deltid og undersyssetning er mest utbredt. Offentlig helse- og omsorgssektor har vært dominerende i antall saker, og hovedvekten av sakene har omfattet sykepleiere. Ifølge nemndas medlemmer er det få tilfeller der samme arbeidsgiver har hatt saker til behandling i nemnda flere ganger, og det er vanskelig å vurdere hvilken virkning avgjørelsene kan ha på virksomhetenes praksis mer generelt. Nemndas medlemmer ser sakene som spesielle for det enkelte tilfellet, og vurderer det som lite sannsynlig at vedtak i enkeltsaker kan ha noen ringvirkning på praksis i andre virksomheter eller på bransjenivå. Det er relativt sjelden at partene viser til nemndas avgjørelse i tidligere saker som begrunnelse for egen sak, unntaket er de tilfellene hvor en advokat har bistått.

Per 2. september 2011 har nemnda behandlet totalt 196 saker om tvist om fortrinnsrett for deltidsansatte, hvorav 47 saker ble avvist.

Gjennomgangen av nemndas praksis viser at fortrinnsretten kan utøves både der en stilling utlyses eksternt og der den utlyses internt. Nemnda synes imidlertid å akseptere at arbeidsgiver har en viss mulighet til å forflytte arbeidstakere til en ledig stilling uten at dette utløser fortrinnsrett.

Det vilkåret som er mest omtvistet er om det foreligger vesentlig ulempe. Tvistene knytter seg både til at den deltidsansatte kun ønsker en del av den utlyste stillingen, og at det kan gi problemer for arbeidsgiver dersom to stillinger slås sammen. Nemnda har, til tross for at formuleringene i forarbeidene går motsatt vei, akseptert at stillinger kan deles opp så lenge det ikke innebærer en vesentlig ulempe for arbeidsgiver å bli sittende igjen med reststillingen. Faktorer som vektlegges er hvor stor reststillingen er, og herunder hvor vanskelig det vil være å rekruttere personer til denne stillingen. I denne sammenheng kan kravet til fagkunnskap, det lokale arbeidsmarkedet og arbeidsgivers erfaring i tilsvarende spørsmål ha betydning. Vesentlig ulempe med hensyn til sammenslåing av stillinger knyttes i hovedsak til problemer med turnusplanleggingen. Her krever nemnda at problemene er av en viss grad – generelle problemer blir ikke vurdert som vesentlige. Faktorer som kan ha betydning er forholdet mellom antall heltidsstillinger og deltidsstillinger, med andre ord om arbeidsgiver som en varig løsning baserer seg på et svært høyt antall deltidsansatte. Vedtakene gir sjelden opplysninger om antall arbeidstakere i de virksomhetene hvor det foreligger tvist om fortrinnsrett, men intervjuer med nemndas medlemmer tyder på at det er vanskeligere for arbeidsgiver å argumentere for en ulempe dersom det er tale om en stor arbeidsplass enn en liten.

Arbeidsgiver synes videre å ha en viss plikt til å ha prøvd å avhjelpe de problemene som oppstår, for eksempel ved å få andre ansatte til å jobbe flere helger.

Dersom det er flere fortrinnsberettigede til stillingen, tar ikke nemnda stilling til hvem av disse som skal få den. Dette overlates til arbeidsgivers skjønn.

Nemnda har i tråd med forarbeidene lagt til grunn at en deltidsansatt ikke har fortrinnsrett til enhver stilling hun er kvalifisert til, men kun i den grad arbeidsoppgavene er om lag de samme som i den stillingen hun allerede innehar. Avgjørende for disse sakene er hva som er innholdet i den aktuelle stillingen, og hvor i organisasjonen den er plassert. I tråd med forarbeidene vektlegger nemnda både personlige og faglige egenskaper i kvalifikasjonsvurderingen, og det har ingen betydning at arbeidsgiver ikke tidligere har tatt opp kritikkverdige forhold med den aktuelle personen. Det er videre ikke relevant om klageren er den best kvalifiserte, så lenge hun er kvalifisert.

I de tilfeller der arbeidsgiver allerede har tilsatt en person i den omtvistede stillingen, og der klageren får medhold i nemnda, er rettsvirkningene av et slikt vedtak ikke fastlagt, men må avgjøres på den konkrete virksomheten.

Hoveddelen av nemndas vedtak er enstemmig, men ett av tre vedtak fattes under dissens. De dissensene som signaliserer størst prinsipiell uenighet er vedtakene hvor to medlemmer har stemt mot flertallet. Dette gjelder ett av fem vedtak. Hoveddelen av disse sakene gjelder ulempevurderingen. Andelen dissenser var flere de første årene nemnda eksisterte, enn de siste to årene.

Rundt en fjerdedel av sakene som er kommet inn til nemnda er ikke tatt opp til realitetsbehandling. Den langt hyppigste årsaken til at saker avvises er at fristen for å bringe saken inn for nemnda er oversittet.

Litteratur

- Arbeidsmiljøloven (Lov av 17.juni 2005 nr. 62).
- Bråten, M. & Nergaard, K. (2011). *Heltid en rett – deltid en mulighet?* Fafo-rapport 2011:05.
- Bråten, M. (2009). *Evalueringsnemnda etter arbeidsmiljøloven*. Fafo-rapport 2009:03.
- Ervik, R. (2008), *Bruk av skift og turnus i ulike virksomheter. En kartlegging*. Bergen: Stein Rokkan Senter for flerfaglige samfunnsstudier.
- Innst. O. nr. 100 (2004-2005). *Innstilling fra kommunalkomiteen om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv.*
- Meld. St. 29 (2010-2011). *Felles ansvar for eit godt og anstendig arbeidsliv. Arbeidsforhold, arbeidsmiljø og sikkerheit*. Arbeidsdepartementet.
- Nergaard, K. (2010). *Avtalt arbeidstid og arbeidstidsønsker blant deltidsansatte*. Fafo-notat 2010:17.
- NOU (2008). *Skift og turnus – gradvis kompensasjon for ubekvem arbeidstid*. Skift/turnusutvalget 2007-2008.
- NOU (2004: 5). *Arbeidslivslovutvalget*
- Ot.prp. nr. 49 (2004-2005). *Om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven)*
- Svalund, J. (2011). *Undersyssetting og ufrivillig deltid: Varighet og veien videre*. Fafo-rapport 2011:34.

Twisteløsningsnemndas praksis i saker om fortrinnsrett for deltidsansatte

Denne rapporten tar for seg tvisteløsningsnemndas praksis i saker om fortrinnsrett for deltidsansatte (aml § 14-3). Rapporten er basert på en gjennomgang av vedtaksdokumentene i saker som nemnda har behandlet. Hensikten med rapporten har vært todelt:

- Å kartlegge antall saker om fortrinnsrett som nemnda har behandlet og hva som kjennetegner disse
- Å gjennomgå praksis fra nemnda i slike saker for å se hva nemnda vektlegger i sine vedtak



Fafo

Borggata 2B/Postboks 2947 Tøyen
N-0608 Oslo
www.fafo.no

Fafo-rapport 2011:31
ISBN 978-82-7422-839-9
ISSN 0801-6143
Bestillingsnr. 20222