



NORGES HØYESTERETT

Den 25. april 2016 avsa Høyesterett dom i

HR-2016-00867-A, (sak nr. 2015/1854), sivil sak, anke over dom,

I.

Oslo kommune

(Kommuneadvokaten i Oslo
v/advokat Tomasz Edsberg – til prøve)

mot

A

(advokat Magnus Buflod – til prøve)

Norsk Sykepleierforbund (partshjelper)

(advokat Einar Engh)

II.

A

(advokat Magnus Buflod – til prøve)

Norsk Sykepleierforbund (partshjelper)

(advokat Einar Engh)

mot

Oslo kommune

(Kommuneadvokaten i Oslo
v/advokat Tomasz Edsberg – til prøve)

STEMMEGIVNING :

- (1) Dommer **Bull**: Saken gjelder krav om erstatning for brudd på fortrinnsrett for deltidsansatt til ny stilling etter arbeidsmiljøloven § 14-3. Det er særlig spørsmål om rettsvirkningen av vedtak i saken truffet av Tvisteløsningsnemnda om brudd på fortrinnsretten, og om fortrinnsrett kan gjøres gjeldende for bare en del av den utlyste stillingen, slik nemnda og tidligere rettsinstanser har lagt til grunn.
- (2) A var ansatt som spesialsykepleier ved Sosial og Ambulant Akuttjeneste (SAA), som hører inn under Helseetaten i Oslo kommune. Hun har arbeidet i Oslo kommune siden 2003. Fra 1. januar 2011 var hun fast ansatt i 75 prosents stilling ved SAA.
- (3) SAA er bemannet med sosionomer og spesialsykepleiere. Spesialsykepleierne jobber i helkontinuerlig tredelt turnus fordelt på dag-, kvelds- og nattevakter.

- (4) I et brev til arbeidsgiver 8. september 2011 søkte A om utvidelse til 100 prosents stilling, enten fast eller som vikariat. Fra 1. oktober samme år fikk hun et 25 prosents vikariat i tillegg til den faste stillingen, slik at hun frem til 31. desember 2012, da vikariatet løp ut, jobbet i full stilling.
- (5) I januar 2012 ble det lyst ledig en 75 prosents fast stilling som spesialsykepleier ved SAA med søknadsfrist 9. februar 2012. Arbeidsgiver var kjent med at A fortsatt ønsket å utvide sin faste stilling. En kollega av A, B, hadde også gitt uttrykk for at hun ønsket å få utvidet sin 75 prosents stilling til heltidsstilling.
- (6) Vinteren 2012 tok A kontakt med arbeidsgiveren gjennom en epost. Hun viste der til at hun ved tidligere anledninger hadde gitt uttrykk for et ønske om fast hel stilling og uttalte at hun regnet med at dette ville bli tatt i betraktning ved besettelse av den utlyste stillingen.
- (7) En vikar som hadde fungert i den utlyste stillingen, ble innstilt på førsteplass og senere ansatt. Det går frem av innstillingen 12. april 2012 at en fast ansatt i 75 prosents stilling som hadde søkt om utvidelse til hel stilling, ikke var tatt i betraktning fordi en stillingsstørrelse tilsvarende 75 prosent var en forutsetning for "rekruttere/beholde nye søkere".
- (8) I brev 23. april 2012 fra Norsk Sykepleierforbund til Oslo kommune opplyste forbundet at det på vegne av sitt medlem A ikke kunne akseptere at kommunen hadde avslått As søknad, og at saken ville bli oversendt Tvisteløsningsnemnda. Dette er en nemnd som er opprettet med hjemmel i arbeidsmiljøloven for blant annet å avgjøre tvister om fortrinnsrett for deltidsansatte. I kommunens svarbrev 4. mai 2012 het det blant annet:

"I denne prosessen ble det vurdert av ledelsen som uheldig å dele opp stillingen med tanke på mulighet for å kunne rekruttere spesialsykepleier, da gjeldende stilling hadde mange netter i sin turnus og 75 % fast stilling ble derfor foreslått utlyst. Det var på dette tidspunkt ingen innsigelser fra tillitsvalgte."

- (9) Saken ble brakt inn for Tvisteløsningsnemnda 30. mai 2012. I brev 30. oktober 2012 utdypet kommunen sitt syn på denne måten:

"Sykepleierforbundet mener at vi som arbeidsgiver skal fordele denne stillingen på 75 % til de ansatte som ønsker å utvide sin stilling. Dette innebærer at vi sitter igjen med en 25 % stilling som dekker helg. Arbeidsgivers svar av 04.05.12 til sykepleierforbundet ligger vedlagt.

...

Ønsket om reduksjon av ufrivillig deltid kan ikke føre til en svekket tjeneste med flere små stillinger som [det] ikke er mulig å rekruttere kvalifisert personell til. Det er på dette punkt uenigheten ligger og det er ønskelig med entydig svar."

- (10) Dersom bare A skulle ha fortrinnsrett, ville kommunen sitte igjen med en reststilling på 50 prosent, ikke 25 prosent. Kommunens anførsel om at den ville sitte igjen med 25 prosent, må ses på bakgrunn av Bs interesse for å utvide sin stilling til heltid. B hadde ikke fremsatt et konkret krav knyttet til den utlyste stillingen, slik A hadde gjort. Det har vært et spørsmål i saken i hvilken grad kommunen så bort fra B ved vurderingen av om A skulle få gjøre fortrinnsrett gjeldende.

- (11) I vedtak datert 28. november 2012 konkluderte Tvisteløsningsnemnda slik:
- "Ansettelsen av en ekstern søker i den omstridte stillingen var i strid med arbeidstakers fortrinnsrett."**
- (12) I en epost 29. januar 2013 til kommunen ba Norsk Sykepleierforbund om svar på hvordan kommunen ville gjennomføre vedtaket. Henvendelsen ble ikke besvart, og i brev 12. februar 2013 fremholdt forbundet at det anså vedtaket som bindende. På vegne av A ble det krevd at hun umiddelbart ble innsatt i 100 prosents stilling. Det ble også fremmet krav om erstatning for tapt arbeidsfortjeneste fra den dag Helseetaten hadde mottatt vedtaket.
- (13) Etter at kommunen i brev 25. februar 2013 hadde nektet å etterkomme kravene, sendte A kravvarsel 21. mars 2013. Hun tok ut stevning 8. mai 2013.
- (14) Den 27. mai 2013 mottok As advokat i Sykepleierforbundet et brev fra kommunen datert 29. april 2013. Der ble A tilbudt 100 prosents stilling med virkning fra 3. juni 2013. Kommunen opplyste at dette var blitt mulig fordi Helseetaten var blitt tilført nye midler som skulle benyttes til økt bemanning. A aksepterte tilbudet og har siden hatt fast heltidsstilling, nå som spesialsykepleier ved Oslo fengsel. Søksmålet har etter dette dreid seg om As erstatningskrav.
- (15) Oslo tingrett avsa 11. april 2014 dom med slik domsslutning:
1. **Oslo kommune v/ordføreren betaler erstatning for tapt arbeidsfortjeneste til A med 47 227 – førtisjutosentohundreogtjuesju – kroner innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av denne dom.**
 2. **Oslo kommune v/ordføreren frifinnes for kravet om erstatning for ikke-økonomisk skade.**
 3. **Sakskostnader tilkjennes ikke."**
- (16) Oslo kommune anket til Borgarting lagmannsrett. A innga avledet anke hvor hun opprettholdt sitt krav om erstatning for ikke-økonomisk skade. Lagmannsretten kom til samme resultatet som tingretten med hensyn til fortrinnsrettsspørsmålet og tilkjente A erstatning også for ikke-økonomisk skade. Lagmannsrettens dom 3. juli 2015 har slik domsslutning:
1. **Oslo kommune v/ordføreren betaler erstatning til A med 65 000 – sekstifemtusen – kroner innen to uker fra forkynnelsen av dommen.**
 2. **I sakskostnader for tingretten og lagmannsretten betaler Oslo kommune v/ordføreren 172 000 – etthundreogsyttitotusen – kroner til A innen to uker fra forkynnelsen av dommen."**
- (17) Oslo kommune anket til Høyesterett over lagmannsrettens rettsanvendelse, bevisbedømmelse og saksbehandling. A innga avledet anke over lagmannsrettens erstatningsutmåling, og Norsk Sykepleierforbund erklærte partshjelp til fordel for A. Partshjelpen ble ikke bestridt. Høyesteretts ankeutvalg besluttet 25. november 2015 å nekte kommunens saksbehandlingsanke fremmet. For øvrig ble anken og den avledede anken henvist til behandling.

- (18) Saken står i det vesentlige i samme stilling for Høyesterett som for lagmannsretten.
- (19) Den ankende part – *Oslo kommune* – har i hovedtrekk gjort gjeldende:
- (20) I motsetning til hva nemnda og de foregående rettsinstanser har lagt til grunn, åpner arbeidsmiljøloven § 14-3 ikke for at en deltidsansatt kan tre inn i bare en del av en utlyst stilling. Fortrinnsretten må gjøres gjeldende for hele stillingen. Det gjelder også når grunnen til at den deltidsansatte ikke kan tre inn i hele stillingen, er at eksisterende og ny stilling til sammen ville utgjøre mer enn en heltidsstilling. En slik lovforståelse følger av både lovens ordlyd og forarbeidene.
- (21) En annen forståelse ville dessuten være i strid med formålet med ordningen, nemlig å avhjelpe undersysselsetting. Ved å la en deltidsansatt tre inn i en del av den utlyste stillingen, skaper man bare en ny deltidsstilling. Denne lovforståelsen legger også uakseptable begrensninger på arbeidsgivers styringsrett.
- (22) Det kan på denne bakgrunn ikke tillegges avgjørende vekt av domstolene at nemndas lovforståelse på dette punkt har vært fast gjennom flere år.
- (23) Subsidiært, dersom Høyesterett skulle komme til at loven tillater inntreden i bare en del av den utlyste stillingen, er den konkrete rettsanvendelsen feil når lagmannsretten har kommet til at det ikke innebar "vesentlige ulemper" å la A tre inn i 25 prosent av den utlyste 75 prosents stillingen. Lagmannsretten har lagt til grunn at det må gjelde en presumsjon for at det skaper en vesentlig ulempe når den fortrinnsberettigede ikke trer inn i hele den utlyste stillingen, men den tar ikke konsekvensen av dette i sin konkrete vurdering. Det er særlig konsekvensene for den kompliserte turnusordningen, lagt opp som en "ønsketurnus", som er undervurdert. Den utlyste stillingen hadde en stor andel natte- og helgevakter som det ville bli vanskelig å dekke dersom man satt igjen med en stilling på mindre enn 75 prosent. Det kan ikke forventes at kommunen skulle ha gjort mer enn den gjorde for å legge forholdene til rette.
- (24) Lagmannsrettens bevisbedømmelse er feil når den har lagt til grunn at det bare var A som ble vurdert som fortrinnsberettiget, og at man ville sitte igjen med en stilling på 50 prosent dersom hun fikk benytte fortrinnsretten. Også B hadde meldt generell interesse for utvidelse til heltid. Hun ble rent faktisk tatt med i vurderingene av om en del av det udekkede arbeidskraftbehovet kunne dekkes gjennom bruk av fortrinnsretten, eller om man måtte utlyse en stilling på 75 prosent. Det er uten betydning at hun ikke meldte konkret interesse for stillingen etter at den ble utlyst, slik A gjorde. B hadde bedre ansiennitet enn A, og skulle begge få benytte fortrinnsretten, ville man sitte igjen med en reststilling på 25 prosent. Dette er det riktige utgangspunktet for vurderingen av om bruk av fortrinnsretten ville ha vært til vesentlig ulempe for kommunen.
- (25) Oslo kommune er derimot enig med tingretten og lagmannsretten i at oversittelse av søksmålsfristen i arbeidsmiljøloven § 17-2 tredje ledd ikke medfører at arbeidsgiver er avskåret fra å bestride nemndas vedtak i et søksmål anlagt av arbeidstakeren. Arbeidsgiveren må da fortsatt kunne gjøre gjeldende som innsigelse at nemnda har tatt feil, og at arbeidstakeren ikke hadde krav på å benytte fortrinnsretten. Nemnda er et forvaltningsorgan, og forvaltningsvedtak har ikke rettskraft med mindre det følger av en klar lovbestemmelse. Noen slik lovbestemmelse finnes ikke, til tross for at behovet ble påpekt i høringsrunden før lovproposisjonen.

- (26) Det ville også være en uheldig ordning om en arbeidsgiver tvinges til å saksøke sin arbeidstaker før det er klart om arbeidstakeren overhodet vil gjøre krav gjeldende som følge av nemndas vedtak. Det vil forsure arbeidsmiljøet unødige. Som regel finner man en minnelig ordning i disse sakene – det er ytterst sjelden at det kommer til sak, slik det har skjedd her.
- (27) Videre er søksmålsfristregelen i arbeidsmiljøloven § 17-2 uegnet som utgangspunkt for en rettskraftregel: Søksmålsfristen er åtte uker fra det tidspunkt nemndas avgjørelse foreligger, hvilket må bety fra det tidspunkt det er truffet. Man risikerer da at fristen er utløpt før arbeidsgiver overhodet er blitt informert om vedtaket. Følgelig må innsigelsesretten være i behold.
- (28) Det er ikke grunnlag for å tilkjenne erstatning for ikke-økonomisk skade. Lagmannsretten har begrunnet dette med at kommunen for tingretten anførte at A ikke var formelt kvalifisert til stillingen, men det kan ikke være et tilstrekkelig grunnlag. Kommunen bestred aldri hennes reelle kompetanse og opprettholdt heller ikke anførselen da kommunen selv ble den aktive part i tvisten gjennom anken til lagmannsretten.
- (29) Oslo kommune har nedlagt slik påstand:
1. **Oslo kommune frifinnes.**
 2. **Oslo kommune tilkjennes sakskostnader for alle instanser."**
- (30) Ankemotparten – A – har i det vesentlige gjort gjeldende:
- (31) Ettersom kommunen ikke anla søksmål om tvisten innen utløpet av søksmålsfristen i arbeidsmiljøloven § 17-2 tredje ledd, er domstolene bundet av Tvisteløsningsnemndas konklusjon om at ansettelsen av en ekstern søker var i strid med As fortrinnsrett. Rettskraftvirkningen av nemndas vedtak fremgår av lovens ordlyd: Det følger av arbeidsmiljøloven § 14-3 at "tvist" om fortrinnsretten "avgjøres" av nemnda. Også forarbeidene taler for denne forståelsen.
- (32) Nemndas vedtak har negativ rettskraft når søksmålsfristen er ute – da kan spørsmålet om det foreligger fortrinnsrett ikke lenger bringes inn for domstolene. Den naturlige konsekvensen er at vedtaket da også må legges til grunn prejudisielt i senere tvister, altså har positiv rettskraft. Nemndas vedtak går så å si inn som en del av arbeidsavtalen.
- (33) Nemndas vedtak er av rettsfastsettende karakter. Hvis arbeidsgiver har innsigelsesretten i behold, betyr det i praksis at et vedtak om at fortrinnsretten er brutt, ikke er bindende overhodet, bare rådgivende. Arbeidsgiver kan la være å følge opp vedtaket og overlate søksmålsbyrden til arbeidstaker, for så å være ubundet av vedtaket i den etterfølgende tvisten. Det stemmer ikke med de hensyn som bærer tvistenemndsordningen. Hele poenget med ordningen er å sette et endelig punktum for tvisten på en rask og enkel måte.
- (34) At bestemmelsen om søksmålsfrist kunne ha vært klarere utformet, kan ikke føre til en annen konklusjon. Når denne bestemmelsen ses i sammenheng med forvaltningsloven § 27 b og de rettssikkerhetshensyn som gjør seg gjeldende, er det rom for å tolke bestemmelsen slik at fristen løper fra det tidspunkt vedtaket foreligger for partene, altså når det har kommet frem. Da forsvinner de rettssikkerhetsmessige betenkelighetene.

- (35) Subsidiært anføres det at lagmannsrettens lovforståelse og bevisbedømmelse er riktig.
- (36) Arbeidsmiljøloven § 14-3 og de tilhørende forarbeidene kan ikke forstås slik at de stenger for bruk av fortrinnsretten på bare en del av en utlyst stilling, når det er den omstendighet at man ikke kan ha mer enn heltidsstilling, som stenger for å tre inn i hele den utlyste stillingen. Det er særlig likestillingshensyn og et ønske om å legge til rette for heltidsstillinger som begrunner ordningen. I helsesektoren, som er særlig aktuell her, er det typisk kvinnene som jobber deltid, og gjerne med nokså "ujevne" brøker. Hvis disse personene må vente på en ny stilling med en brøk som utgjør den nøyaktige differansen mellom den brøken de har og full stilling, kan mange måtte vente lenge. Det er ikke så ofte at det utlyses heltidsstillinger i helsesektoren.
- (37) Lagmannsretten har videre truffet riktig når den har kommet til at det ikke ville ha vært "vesentlige ulemper" ved å la A tre inn i en tredjedel av den utlyste 75 prosents stillingen. Det er riktig å legge til grunn at det bare var tale om å la A utøve fortrinnsretten. Tidsnære bevis, særlig selve innstillingen i ansettelsessaken, viser ingen spor av at andre enn A er vurdert som mulig fortrinnsberettiget etter at stillingen ble utlyst. B hadde uansett "meldt seg av" ved ikke å klargjøre sin interesse spesielt for den utlyste stillingen. Under enhver omstendighet hadde A bedre ansiennitet enn B ettersom hun hadde lengre samlet ansettelsestid i kommunen. Kommunen kunne ikke la være å velge mellom de to hvis konsekvensen av å la begge få utøve fortrinnsrett til stillingen var en så liten reststilling at det ville være til vesentlig ulempe for arbeidsgiver.
- (38) Kommunen hadde flere muligheter for å unngå et uhåndterlig antall helge- og nattevakter tildelt den reststillingen man ville ha sittet igjen med. Om ikke annet måtte kommunen ha en plikt til å benytte sin styringsrett for å endre turnusen slik at forholdene ble lagt til rette for dette.
- (39) A bør tilkjennes en høyere erstatning for ikke-økonomisk skade enn det lagmannsretten har gjort. Kommunen burde ha avventet Tvisteløsningsnemndas vedtak før den besatte den utlyste stillingen, og kommunens manglende og sendrektige oppfølging av saken har vært en stor belastning. Det er i strid med god forvaltnings-skikk å bestride nemndsvedtaket uten å bringe det inn for retten. Kommunen er videre å bebreide for å ha anført at A ikke var kvalifisert.
- (40) A har nedlagt slik påstand:
- "1. Oslo kommune dømmes til å betale A erstatning fastsatte etter rettens skjønn.
 2. Oslo kommune dømmes til å betale A sakens omkostninger for alle instanser."
- (41) Partshjelperen – *Norsk Sykepleierforbund* – slutter seg til As anførsler og har i kort trekk anført:
- (42) Nemndas vedtak må være bindende ved en senere tvist for domstolene når saken anlegges etter at søksmålsfristen er utløpt. Mellom parter som skal samarbeide til daglig, er det et særlig innrettelsesbehov og et behov for å holde konfliktnivået så lavt som mulig. Derfor er det av stor betydning å få en endelig løsning raskt og på lavest mulig nivå i disse sakene.

(43) Fortrinnsretten er særlig viktig for landets sykepleiere. En stor del av dem er deltidsansatte, og selv om mange ønsker deltid, særlig i visse faser av livet, er det også mange som ønsker å utvide til heltid. Den forståelsen av arbeidsmiljøloven § 14-3 som kommunen prinsipielt bygger på, fører til at dette blir vesentlig vanskeligere. Også kommunens subsidiære syn på ulempevurderingen er feil. Den har som konsekvens at det i praksis blir opp til arbeidstakeren å bevise at det ikke foreligger vesentlige ulemper, selv om det er arbeidsgiveren som sitter på alle de relevante opplysningene.

(44) Norsk Sykepleierforbund har nedlagt slik påstand:

"1. Oslo kommune dømmes til å betale Norsk Sykepleierforbund sakens omkostninger."

(45) *Mitt syn på saken*

(46) *Rettsvirkningene av Tvisteløsningsnemndas vedtak*

(47) Jeg tar først for meg spørsmålet om en arbeidsgiver som ikke har brakt tvisten inn for retten innen søksmålsfristen, kan bestride nemndas konklusjon om at fortrinnsretten er overtrådt, i en etterfølgende erstatningssak anlagt av arbeidstakeren.

(48) Ifølge arbeidsmiljøloven § 17-2 første ledd kan "[t]vist som nevnt i §§ 10-13, 12-14, 14-3 og 14-4a ... bringes inn for en tvisteløsningsnemnd for avgjørelse". Paragraf 10-13 gjelder visse typer arbeidstidsspørsmål, § 12-14 omhandler rett til permisjon, mens tvister om deltidsansattes fortrinnsrett til utvidet stilling, som saken her gjelder, faller inn under § 14-3. Rett til stilling for deltidsansatte tilsvarende faktisk arbeidstid er dekket av § 14-4 a. Nemndsbehandlingen er en tvungen tvisteløsningsordning, jf. § 17-2 annet ledd. Partene i tvisten kan altså ikke bringe den direkte inn for domstolene.

(49) Det følger av samtlige bestemmelser at nemnda skal *avgjøre* disse typene *tvister*. Nemndas avgjørelser er følgelig bindende. Spørsmålet er hva dette innebærer.

(50) Etter § 17-2 tredje ledd er frist for å bringe tvisten inn for domstolene åtte uker "fra det tidspunkt nemndas avgjørelse foreligger". Etter dette kan altså ingen av partene gå til søksmål med sikte på å oppnå en annen løsning enn den som nemnda har kommet til.

(51) En søksmålsfrist omtales gjerne som en prosessforutsetning. Den praktiske konsekvensen av å oversitte fristen er at man ikke kan få det vedtaket eller den beslutningen som fristbestemmelsen knytter seg til, prøvd for domstolene. Det gjelder enten det dreier seg om et forvaltningsvedtak, som for eksempel ligningsavgjørelser etter ligningsloven § 11-1 nr. 4, eller en disposisjon fra en privat motpart, som for eksempel oppsigelser i arbeidsforhold, jf. arbeidsmiljøloven § 17-4. Slik sett har oversittelse av søksmålsfristen samme praktiske virkning for muligheten til å angripe vedtaket eller disposisjonen som oversittelse av ankefristen for en regulær domstolsavgjørelse.

(52) For domstolsavgjørelser følger dette av tvisteloven § 19-15 tredje ledd jf. § 19-14 første ledd og omtales gjerne som negativ rettskraft. Domstolsavgjørelser som blir endelige på denne måten, har også positiv rettskraft, jf. tvisteloven § 19-15 annet ledd: Resultatet skal uten realitetsbehandling legges til grunn i en ny sak der retten må ta stilling til samme krav for å avgjøre saken. Som nevnt er spørsmålet i saken her om en tilsvarende virkning oppstår for Tvisteløsningsnemndas vedtak etter at søksmålsfristen er utløpt: Må nemndas

konklusjon om at fortrinnsretten ble overtrådt legges uprøvd til grunn i det erstatningssøksmålet som A har anlagt mot arbeidsgiveren for brudd på fortrinnsretten?

- (53) Rent systematisk må man skille mellom virkningene av å ha oversittet en søksmålsfrist og rettskraftvirkninger. Selv om negativ og positiv rettskraft henger sammen for rettsavgjørelser, følger det ikke uten videre av dette at en tilsvarende parallellvirkning må oppstå ved oversittelse av frister for å ta ut søksmål om et forvaltningsvedtak eller en privat disposisjon som man er uenig i.
- (54) Nemnda er et forvaltningsorgan. Når det heter i arbeidsmiljøloven § 17-2 at Tvisteløsningsnemnda treffer "avgjørelse", ligger det ikke nødvendigvis mer i det enn at vedtaket er bindende nettopp som forvaltningsvedtak. Forvaltningsvedtak har ikke rettskraft med mindre det er lovhjemmel for det, jf. for så vidt Rt. 2015 side 577 avsnitt 54 med henvisning til Schei mfl. Tvisteloven – kommentarutgave, 2. utgave side 664.
- (55) Dette er også det sikre utgangspunkt for forvaltningsorganer og andre utenrettslige organer som har til oppgave å avgjøre tvister. I forarbeidene til tvisteloven, Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) side 75 heter det:

"Departementet fremmer i denne proposisjonen ingen forslag som gjelder organisering av og behandling i de ulike utenrettslige tvisteløsningsordningene, hva enten de er lovregulert eller ikke. ...

Et viktig spørsmål i denne sammenhengen er om avgjørelser i utenrettslige tvisteløsningsnemnder bør ha rettskraft- og tvangskraftvirkninger. Det forutsetter i tilfelle lovregulering. Også dette bør etter departementets mening vurderes konkret for den enkelte nemnd som det er aktuelt for. Departementet stiller seg ikke prinsipielt avvisende til at avgjørelsene fra flere utenrettslige tvisteløsningsnemnder gis retts- og tvangskraftsvirkninger dersom de ikke bringes inn for prøving i domstolene."

- (56) Selv for forvaltningsorganer som avgjør tvister, har man altså ikke sluttet fra at vedtaket er bindende i forvaltningsrettslig forstand, til at det også har rettskraft.
- (57) I flere lover er det gitt bestemmelser om rettskraft og tvangskraft for nemndsavgjørelser, i tillegg til bestemmelser om søksmålsfrist. Det gjelder for eksempel forbrukertvistloven § 11, som i første ledd inneholder en søksmålsfrist, og i tredje ledd en bestemmelse om at dersom sak ikke er reist innen fristen, "har Forbrukertvistutvalgets vedtak samme virkning som rettskraftig dom og kan fullbyrdes etter reglene for dommer". Tilsvarende bestemmelser finnes i pasientskadeloven § 18 annet ledd om Pasientskadenemndas "endelige vedtak", i forskrift om husleietvistutvalget §§ 9 og 10 og i plan- og bygningsloven § 32-6 om forelegg om å etterkomme pålegg eller forbud.
- (58) En bestemmelse om rettskraft finnes ikke i arbeidsmiljøloven, til tross for at Justisdepartementet i høringsrunden reiste spørsmålet. I høringsbrevet 13. juli 2004 side 13 anbefalte departementet at viktige regler ble tatt inn i loven: "Dette gjelder eventuelt vilkår om behandling i tvisteløsningsnemnd forut for saksanlegg for domstolene, frist for slikt saksanlegg, virkningen av at vedtaket/tvisten ikke bringes inn for retten og domstolens kompetanse (dersom den skal være begrenset)." Her nevnes altså søksmålsfrist og rettskraft som to ulike spørsmål.
- (59) I Ot.prp. nr. 49 (2004–2005) side 291 erklærte Arbeids- og sosialdepartementet seg "i all hovedsak enig i de synspunkter Justisdepartementet fremmer", og formulerte

lovbestemmelser om alt Justisdepartementet nevner i sitatet jeg har gjengitt – unntatt rettskraft. I proposisjonen på side 292 sies det at "øvrige prosessuelle regler knyttet til nemndordningen bør fastsettes ved forskrift", men rettskraft nevnes ikke som eksempel på hva som bør inn i forskriften, og forskriften inneholder da heller ikke noen rettskraftbestemmelse.

- (60) Man skal nok være forsiktig med å utlede av dette at Arbeids- og sosialdepartementet dermed har tatt et bevisst standpunkt om at nemndas vedtak ikke skulle ha rettskraft. Men forarbeidene gir på dette punkt heller ikke holdepunkter for den motsatte konklusjonen.
- (61) Det eksisterte på dette tidspunktet allerede en nemnd som avgjorde tvister om utdanningspermisjon, jf. arbeidsmiljøloven 1977 § 33 D. Denne bestemmelsen dannet på mange måter et mønster for gjeldende lovs § 17-2. Her het det imidlertid at det var "[n]emndas vedtak", ikke tvisten, som kunne bringes inn for domstolene. Domstolenes kompetanse var begrenset til nemndas saksbehandling og lovtolkning – for øvrig var altså nemndas vedtak "rettskraftig", kan man si. Etter forslag fra Justisdepartementet gikk man i den nye arbeidsmiljøloven bort fra denne begrensningen i domstolenes prøvingsadgang: Det var tvisten, ikke nemndas vedtak, som kunne bringes inn for domstolene, uten noen begrensning i prøvingskompetansen, jf. Ot.prp. nr. 49 (2004–2005) side 291–292. Arbeids- og sosialdepartementet regnet med at aktuelle tvister i all hovedsak likevel ville bli endelig avgjort i nemnda – noe som har vist seg å holde stikk.
- (62) I proposisjonen ble det også foreslått å utvide nemndas kompetanse til flere typer saker. Det gjaldt arbeidstidsspørsmålene nevnt i § 10-13 og flere typer permisjonssaker, jf. § 12-14. Proposisjonens oppfølging av Justisdepartements kommentarer refererer seg derimot ikke til fortrinnsrettstvistene nevnt i § 14-3. Disse kom inn under stortingsbehandlingen av lovsaken. Tvistene nevnt i § 14-4a er kommet til enda senere.
- (63) Det er i denne sammenheng et poeng at en rettskraftregel nok ikke var så praktisk viktig for den type tvister som departementet mente at Tvisteløsningsnemnda skulle behandle. I likhet med den tidligere § 33 D fikk også den nye § 17-2 en bestemmelse om at "[v]ed domstolsprøving av tvisten skal den konklusjon nemnda har kommet til stå ved lag mens saken er til behandling ved domstolene". I den grad en arbeidstaker får medhold i nemnda, kan altså arbeidstakeren trygt legge nemndas vedtak til grunn, og for eksempel påbegynne en permisjon eller begynne å praktisere en redusert arbeidstid, uten å avvente utfallet av et eventuelt søksmål fra arbeidsgivers side. Man kommer ikke her så lett i den situasjonen at en arbeidstaker anlegger sak for å få gjennomført nemndas vedtak eller kreve erstatning. Spørsmålet om arbeidsgiveren i et slikt tilfelle kan gjøre innsigelser gjeldende mot nemndas vedtak, er dermed også nokså uaktuelt.
- (64) Jeg tilføyer her at det er lite aktuelt for en arbeidsgiver som har unnlatt å bringe en tvist om arbeidstid eller permisjon inn for domstolene innen søksmålsfristens utløp, å forsøke å si opp en arbeidstaker for ulovlig fravær etter at arbeidstakeren i henhold til § 17-2 har innrettet seg etter nemndas vedtak. En slik oppsigelse vil fremstå som usaklig uansett hva man måtte mene om vedtaket.
- (65) For de opprinnelige sakstypene er det altså ingen egentlig "systemfeil" at nemndsvedtakene er forvaltningsrettslig bindende – i kombinasjon med at de står ved lag inntil domstolsavgjørelse foreligger – uten at de har rettskraft.

- (66) Som tidligere nevnt ble fortrinnsrettssakene lagt inn under nemndsordningen først under stortingsbehandlingen av lovforslaget. Under komitebehandlingen ble det stilt spørsmål til departementet om hvilke bestemmelser i lovforslaget som eventuelt måtte endres for å få dette til. I brev 1. juni 2006 fra Arbeids- og sosialdepartementet til Sosialistisk Venstrepartis stortingsgruppe ble det nevnt enkelte rent tekniske endringer. Rettskraft ble ikke tatt opp. Innst. O. nr. 100 (2004–2005) kommenterer heller ikke spørsmålet. At det kunne være et særlig behov for "positiv rettskraft" i fortrinnsrettssakene, sammenlignet med de sakstypene som nemndsordningen opprinnelig var utformet for, er en problemstilling som man ser ut til å ha oversett.
- (67) Som saken her viser, kan det nemlig være et slikt behov: Uten positiv rettskraft behøver en arbeidsgiver som er uenig i et nemndsvedtak om at arbeidstakeren har fortrinnsrett, ikke å bringe tvisten inn for domstolene, men kan unnlate å rette seg etter vedtaket. Dermed veltes søksmålsbyrden over på arbeidstakeren, som må gå til sak for å få utvidet stillingen eller kreve erstatning. Hvis arbeidsgiveren har sin innsigelsesrett i behold, får det i praksis ingen realitet at nemndas vedtak er bindende; det blir en rent rådgivende uttalelse.
- (68) Man bør imidlertid ikke overdrive den praktiske betydningen av manglende positiv rettskraft av nemndsvedtakene i fortrinnsrettssakene. Som nevnt uttalte departementet på side 291 i proposisjonen en forventning om at de aktuelle tvistene i all hovedsak vil bli endelig avgjort i nemnda, til tross for forslaget om å oppheve den begrensningen av domstolenes prøvelsesrett som fantes i den tidligere lovens § 33 D. Denne antakelsen har vist seg å slå til, også for fortrinnsrettssakene. Det er opplyst at de færreste nemndsvedtak om fortrinnsrett bringes inn for domstolene. Rent faktisk er det altså slik at nemndsvedtakene i det stor og hele blir lagt til grunn av arbeidsgiver og arbeidstaker, og at partene finner en praktisk løsning for hvordan arbeidstakerens stilling skal utvides når arbeidstakeren får medhold.
- (69) Fra en prinsipiell synsvinkel kan det likevel synes lite tiltalende at en arbeidsgiver skal kunne unnlate å rette seg etter nemndas vedtak, og på den måten tvinge arbeidstakeren inn i et søksmål hvor arbeidsgiveren også etter søksmålsfristens utløp står fritt til å angripe vedtaket. Man skal imidlertid være forsiktig med å anta at lovgiver sikkert ville ha tatt med en bestemmelse om positiv rettskraft, dersom man hadde sett problemet. I tillegg til at det praktiske behovet er lite, kan en slik regel også få konsekvenser som lovgiver kanskje vil anse som uønskete: Når arbeidsgiveren taper en nemndssak om fortrinnsrett, fører dette som nevnt gjerne til forhandlinger om en løsning som begge parter kan leve med. Det vil kunne ha uheldige konsekvenser for denne prosessen dersom arbeidsgiveren, mens forhandlingene fortsatt pågår, skulle være nødt til å ta skritt for å saksøke arbeidstakeren med sikte på å bevare muligheten for å bestride nemndas vedtak dersom partene ikke kommer til enighet. Å la arbeidsgiveren ha sin innsigelsesadgang i behold i de ytterst sjeldne tilfellene der arbeidstakeren faktisk reiser sak etter at søksmålsfristen er gått ut, kan altså i et større perspektiv ha sine fordeler, også for arbeidstakersiden.
- (70) I tillegg kommer den uheldige utformingen av søksmålsfristen i § 17-2 inn som et ytterligere argument for å la arbeidsgivers innsigelsesadgang være i behold også etter at fristen er løpt ut. Som tidligere nevnt, er fristen åtte uker "fra det tidspunkt nemndas avgjørelse foreligger". Loven har ingen bestemmelse om oppfriskningsadgang dersom fristen oversittes. Etter det som er opplyst, blir nemndas vedtak datert den dagen da nemnda møtes og drøfter saken, i dette tilfellet 28. november 2012. Deretter foretar

nemndas sekretariat den nærmere utforming av premissene, og utkast sendes på sirkulasjon til medlemmene. Når det siste nemndsmedlemmet har underskrevet – og denne datoen fremgår ikke – blir vedtaket sendt til partene. Oslo kommune fikk vedtaket 18. januar 2013.

- (71) Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK) artikkel 6 nr. 1 har en bestemmelse om retten til rettferdig rettergang om borgerlige rettigheter og plikter. Grunnloven § 95 har nå fått en lignende bestemmelse. Det følger av Den europeiske menneskerettsdomstols praksis at artikkel 6 nr. 1 ikke er til hinder for bestemmelser om søksmålsfrister, men domstolen har oppstilt visse krav til slike frister. De er oppsummert i Rt. 2011 side 181 avsnitt 73 og 74: De må blant annet være av tilstrekkelig lengde hensett til sakens karakter, og fristregelen må være utformet på en klar og forutsigelig måte.
- (72) Søksmålsfristen i arbeidsmiljøloven § 17-2 byr i så måte på åpenbare utfordringer, særlig sett i sammenheng med hvordan nemnda har lagt opp sin saksbehandling. Det er uklart når fristen begynner å løpe, og særlig hvis den skal regnes fra nemndas møtedato, kan man risikere at den er utløpt før partene blir kjent med vedtaket. Disse rettsikkerhetsproblemene løses rett nok ikke ved å la nemndsvedtaket være uten rettskraft. De gjenstår uansett for søksmålsfristen som en ren prosessforutsetning. Men problemene blir enda større om nemndsvedtakene også skal ha rettskraft.
- (73) Jeg er etter dette kommet til at Oslo kommune kan bestride Tvisteløsningsnemndas vedtak som innsigelse i det erstatningssøksmålet som A har anlagt mot kommunen etter søksmålsfristens utløp.
- (74) *Fortrinnsretten*
- (75) Det neste spørsmålet blir om lagmannsretten, ved å slutte seg til Tvisteløsningsnemndas forståelse av fortrinnsretten, har tolket arbeidsmiljøloven § 14-3 riktig når den har lagt til grunn at bestemmelsen ikke er til hinder for utøvelse av fortrinnsrett til bare en del av den utlyste stillingen. Problemstillingen kan presiseres til et spørsmål om bestemmelsen er til hinder for dette selv når grunnen til at den deltidsansatte ikke kan tre inn i hele stillingen, er at eksisterende og utlyst stilling til sammen utgjør mer enn en heltidsstilling.
- (76) Paragraf 14-3 første og annet ledd lyder slik:
- "(1) Deltidsansatte har fortrinnsrett til utvidet stilling fremfor at arbeidsgiver foretar ny ansettelse i virksomheten.**
- (2) Fortrinnsretten er betinget av at arbeidstaker er kvalifisert for stillingen og at utøvelse av fortrinnsretten ikke vil innebære vesentlige ulemper for virksomheten."**
- (77) Ordlyden trekker etter mitt syn i retning av at fortrinnsretten ikke kan utøves på denne måten. Ordet "fortrinnsrett" benyttes gjerne om å tre inn i et tilbud slik det er. Også formuleringen "fremfor at arbeidsgiver foretar ny ansettelse" taler for denne forståelsen. Hvis den deltidsansatte bare trer inn i en del av den utlyste stillingen, er det ikke *fremfor*, men *i tillegg til*, nyansettelse, med mindre arbeidsgiver foretrekker å sitte igjen med et udekket arbeidskraftsbehov.
- (78) Forarbeidene trekker i samme retning, slik jeg leser dem. Arbeidslivslovutvalget, som utredet ny arbeidsmiljølov, tok opp spørsmålet i NOU 2004: 5. Daværende

arbeidsmiljølov hadde ikke bestemmelser om fortrinnsrett for deltidsansatte til nye stillinger, men flere tariffavtaler ga en slik mulighet. Et flertall i utvalget ga på side 344 i utredningen uttrykk for tvil om en lovfestet fortrinnsrett var et hensiktsmessig virkemiddel, og gikk inn for å overlate spørsmålet til et eget utvalg som skulle utrede deltid.

- (79) I NOU 2004: 29 side 83 tar dette utvalget opp fortrinnsrett som et virkemiddel for å redusere undersysselsetting. Med undersysselsatte mener utvalget arbeidstakere i deltidsstilling som ønsker en lengre avtalt arbeidstid per uke. Utvalget beskriver på side 84 de to alternative utformingene av en fortrinnsrett som utvalget vurderte:

"– Ett alternativ er at deltidsansatte får en lovfestet rett til økt stillingsbrøk ut fra egne preferanser til stillingsbrøk (dvs. den deltidsansatte kan velge å ikke ta hele den utlyste stillingsprosenten).

– Et annet alternativ er at deltidsansatte får en lovfestet rett, men også en plikt til å ta den stillingsbrøk som virksomheten utlyser."

- (80) Det andre alternativet åpner klart ikke for at deltidsansatte kan tre inn i bare en del av den stillingsbrøken som virksomheten utlyser. Det gjøres ikke unntak for de tilfellene der en slik delvis inntreden er nødvendig for å unngå å komme over 100 prosent.

- (81) På side 86 i utredningen peker utvalget på følgende:

"Hvis den utlyste stillingen deles mellom flere interne deltidsansatte for å oppfylle den enkeltes ønske om stillingsbrøk – med påfølgende eksternutlysning for å fylle hele arbeidskraftbehovet, vil dette kunne bli en lang prosess som skaper problemer i den løpende driften samtidig som eventuell eksternrekruttering kan bli nye undersysselsatte."

- (82) Det pekes altså her på at inntreden i bare en del av den utlyste stillingen, lett kan føre til at undersysselsettingen forskyves over på den nye reststillingen.

- (83) Et flertall i utvalget gikk mot å lovfeste fortrinnsrett. I proposisjonen fremmet likevel departementet forslag om dette. I Ot.prp. nr. 49 (2004–2005) side 227 berører departementet spørsmålet om inntreden i bare en del av den utlyste stillingen i tilknytning til vilkåret i § 14-3 om at utøvelse av fortrinnsretten ikke må være til vesentlig ulempe:

"I 'vesentlig ulempe' ligger blant annet at den deltidsansatte som gjør fortrinnsrett gjeldende ikke kan velge seg en brøk/andel av en ledig stilling, men må akseptere hele den utlyste stillingen. 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. I slike tilfeller kan det være relevant for arbeidsgiver å påberope seg at fortrinnsretten fører til vesentlig ulempe."

- (84) Her uttales det forbeholdsløst at den deltidsansatte ikke kan velge seg en brøk eller andel av en ledig stilling, men må akseptere hele den utlyste stillingen. Dette stilles i motsetning til at "stillingen kun er en mindre stillingsbrøk og denne kan kombineres med den

deltidsstilling arbeidstaker allerede har". Der skal utgangspunktet være det motsatte, nemlig at fortrinnsrett kan utøves. Når avsnittet avsluttes med at fortrinnsretten også i "slike tilfeller" likevel kan være til vesentlig ulempe, og følgelig at det skal foretas en konkret vurdering, forstår jeg det slik at det bare peker tilbake på den sistnevnte situasjonen.

- (85) Spesialmotivene til § 14-3 er etter mitt syn enda klarere på dette punkt. På side 330 i proposisjonen 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."

- (86) Formuleringen om å utvide eksisterende stillingsbrøk "ut fra [arbeidstakerens] egne preferanser" stilles opp mot å ta hele den utlyste stillingen, og vi kjenner igjen de to alternative formene for fortrinnsrett som Deltidsutvalget formulerte i NOU 2004: 29 side 83. Departementet presiserer at partene skal kunne *avtale* noe annet – men motsetningsvis har altså arbeidstakeren ikke et krav.
- (87) Deretter gjentar departementet samme resonnement, men nå knyttet til kriteriet "vesentlige ulemper", ved å gjengi ordrett det som tidligere er sagt om dette på side 227 i proposisjonen, og som jeg også har sitert. Denne dobbeltbehandlingen skaper en viss tvil om departementet har ment at regelen om at man må tre inn i hele den utlyste stillingen, følger av ordlyden – jeg viser til det jeg tidligere har sagt om den – eller av at en slik delvis inntreden alltid må regnes som en vesentlig ulempe for arbeidsgiver. Det røkkes likevel ikke ved innholdet i regelen.
- (88) Ot.prp. nr. 49 (2004–2005) presiserer rett nok ikke at det heller ikke skal være adgang til å tre inn i bare en del av den utlyste stillingen når dette er nødvendig for å unngå å komme over 100 prosent. På side 226 i proposisjonen begrunner departementet forslaget om å innføre en fortrinnsrett for deltidsansatte med likestillingshensyn. Departementet mener at fortrinnsretten vil bidra til at flere kvinner i uønsket deltid kan få økt sin stillingsandel. A har for Høyesterett gjort gjeldende at slik forholdene er i helsesektoren, med en stor andel deltidsstillinger særlig blant kvinner, vil fortrinnsretten miste mye av sin virkning om det ikke skal gjelde et unntak når delvis inntreden er nødvendig for å unngå å komme over 100 prosent. Men da skulle man ha ventet at proposisjonen ville ha presisert at de ellers klare uttalelsene om at fortrinnsretten bare gjaldt for hele den utlyste stillingen, ikke tok sikte på disse tilfellene. Det ville jo i så fall ha vært et helt sentralt poeng ved reformen. Slik jeg ser det, etterlater proposisjonen et inntrykk av at man har ønsket å gå forsiktig frem i en omdiskutert og vanskelig sak.
- (89) I Innst. O. nr. 100 (2004–2005) side 44 sluttet komiteen seg til departementets forslag og viste til at departementet i et svar på spørsmål fra komiteen hadde uttalt at arbeidsgiveren bare unntaksvis skulle ha rett til å vise til at fortrinnsretten ville være til vesentlig ulempe. I departementets svarbrev 6. mai 2005 hadde departementet uttalt at kriteriet "vesentlige ulemper" var ment som en "tryggingsventil" som "berre unntaksvis" ville komme til anvendelse, for så å vise til side 227 og 330 i proposisjonen, som jeg har sitert. Det er etter mitt syn naturlig å forstå dette slik at den ikke helt sjeldne situasjonen der en arbeidstaker vil tre inn i bare en del av den utlyste stillingen, var forutsatt å falle helt

utenfor fortrinnsretten. Ved slik delvis inntreden er det klart at vilkåret om "vesentlige ulemper" nokså ofte vil være oppfylt. Dette har da også Tvisteløsningsnemnda erkjent, når den i sak 4/2013 har oppsummert sitt syn slik, i et sitat som lagmannsretten gjengir og slutter seg til i saken her:

"Tvisteløsningsnemnda har i tidligere saker (eksempelvis 20/06 (TLN-2006-20) og 26/09 (TLN-2009-26)) lagt til grunn at forarbeidene ikke kan forstås slik at fortrinnsrett uten videre skal være avskåret i alle tilfeller hvor utøvelsen av den vil medføre at det blir igjen en rest av den utlyste stillingen, uavhengig av om det etter en konkret vurdering kan påvises en vesentlig ulempe for arbeidsgiver å bli sittende igjen med en lav stillingsbrøk. Nemnda er enig [med tidligere nemndsavgjørelser] i at det ikke kan utelukkes at man kan gjøre fortrinnsretten gjeldende på del av en utlyst stilling og at virkningene for arbeidsgiver må vurderes konkret, men understreker at på bakgrunn av lovens forarbeider må hovedregelen være at en deling av en utlyst stilling vil utgjøre en ulempe for arbeidsgiver. I dette ligger at det i slike tilfeller må stilles relativt små krav til arbeidsgivers konkretisering av negative virkninger."

- (90) Jeg nevner for ordens skyld at når det her heter at "hovedregelen" vil være at en deling av en utlyst stilling vil utgjøre "en ulempe", må dette forstås som "vesentlig ulempe". Det er lovens kriterium. I andre vedtak der nemnda har gitt uttrykk for samme syn på hvordan den forstår loven, har nemnda talt om en hovedregel om at delvis inntreden vil være til "vesentlig ulempe".
- (91) Som det fremgår av sitatet, har nemnda lest forarbeidene på en annen måte enn det jeg har fremholdt som mitt syn. Men nemnda begrunner ikke dette synet nærmere, hverken i dette vedtaket eller i andre.
- (92) Jeg mener etter dette at lagmannsretten, ved å bygge på nemnda, har lagt til grunn feil forståelse av loven. Det dreier seg riktignok om et syn nemnda har hatt i om lag ti år, men jeg finner for min del ikke spørsmålet så tvilsomt at jeg av den grunn vil la nemndas praksis være avgjørende. Nemnda er sammensatt med arbeidslivskyndige medlemmer, men dette dreier seg om et regulært lovtolkningsspørsmål.
- (93) Min konklusjon er etter dette at arbeidsmiljøloven § 14-3 ikke åpner for at A kunne gjøre krav på å få tre inn i en del av den utlyste stilling etter en konkret vurdering av om dette ville medføre vesentlig ulempe for arbeidsgiveren. Dermed er det ikke nødvendig for meg å gå nærmere inn på en slik vurdering.
- (94) Hun har da heller ikke krav på erstatning for at hun ble nektet å tre inn i stillingen, og Oslo kommune må frifinnes.
- (95) A har etter dette tapt saken, men den har reist prinsipielle spørsmål som Oslo kommune har hatt en generell interesse av å få avgjort. Det dreier seg videre om en enkelt arbeidstaker mot en av landets største arbeidsgivere. Jeg mener derfor at partene må bære sine egne sakskostnader for alle instanser, jf. tvisteloven § 20-2 tredje ledd.
- (96) Jeg stemmer for denne

D O M :

1. Oslo kommune frifinnes.

2. Sakskostnader tilkjennes ikke for noen instans.

- (97) Dommer **Ringnes**: Jeg er kommet til samme resultat som førstvoterende dommer Bull, og er enig i hans vurdering av spørsmålet om rettsvirkningen av Tvisteløsningsnemndas vedtak. Jeg har imidlertid et annet syn på tolkningen av arbeidsmiljøloven § 14-3.
- (98) Førstvoterende har konkludert med at situasjonen der en arbeidstaker vil tre inn i bare en del av den utlyste stillingen, helt faller utenfor fortrinnsretten.
- (99) Tolkningsspørsmålet i vår sak gjelder de situasjoner hvor en deltidsansatt *ikke kan* ta hele stillingen, fordi stillingsprosenten da vil overstige 100 prosent. Dette er, så vidt jeg forstår, en ganske praktisk situasjon, ikke minst i helsesektoren. Hvis fortrinnsretten som en unntaksfri regel er avskåret i disse situasjonene, kan det innebære et merkbart inngrep i deltidsansattes mulighet til å få full stilling. En slik begrensning må etter mitt syn kreve at lovgiver har tatt klart standpunkt til spørsmålet gjennom lovteksten eller i klare og utvetydige forarbeider.
- (100) Mot denne bakgrunn ser jeg først på lovens ordlyd. Etter *første ledd* har deltidsansatte fortrinnsrett til utvidet stilling "fremfor at arbeidsgiver foretar ny ansettelse i virksomheten". Det sentrale her er at arbeidstakerens rett til utvidet stilling går foran ansettelse av eksterne søkere. Ordet "fremfor" kan omfatte flere tolkningsalternativer, og jeg kan ikke se at ordlyden utelukker at fortrinnsretten også kan gjelde del av den utlyste stillingen.
- (101) Spørsmålet om fortrinnsretten er avskåret må da avgjøres etter *andre ledd*. Det avgjørende for vår sak er om utøvelse av fortrinnsretten innebærer en *vesentlig ulempe* for arbeidsgiver. Formuleringen "vesentlige ulemper" tilsier at det skal foretas en *konkret ulempevurdering*. Hvis lovgiver hadde ment at det *alltid* foreligger en vesentlig ulempe når fortrinnsretten gjøres gjeldende til del av utlyst stilling, er det naturlig at dette hadde vært inntatt som en klar avgrensning av selve fortrinnsretten i første ledd.
- (102) Spørsmålet er etter dette om det likevel følger av *forarbeidene* at det gjelder en slik avgrensning av fortrinnsretten.
- (103) Etter mitt syn gir forarbeidene ikke klar støtte for dette. Den sentrale uttalelsen er inntatt i spesialmotivene til § 14-3 i Ot.prp. nr. 49 (2004–2005) side 330, og er gjengitt av førstvoterende. Det heter her at "[e]n deltidsansatt som gjør fortrinnsrett gjeldende må ta hele den utlyste/ledige stillingen". Dette må leses i sammenheng med setningen foran, hvor det står at en deltidsansatt ikke kan velge stillingsbrøk "ut fra egne preferanser". Hva som menes med "egne preferanser" kommer frem i NOU 2004: 29 side 83, som også er gjengitt i førstvoterendes votum, og hvor det i første strekpunkt presiseres at preferanse innebærer en valgt rett for arbeidstakeren.
- (104) Slik jeg leser forarbeidene, har de et mer nyansert meningsinnhold enn det førstvoterende har lagt til grunn. Lovgiver ønsket å avskjære at arbeidstakeren etter eget for godtbeholdende velger en del av den utlyste stillingen, for eksempel ved at en deltidsansatt med en stillingsbrøk på 50 prosent ønsker å ta halvparten av en utlyst 50 prosent stilling. Her må den deltidsansatte ta hele den utlyste stillingen og følgelig akseptere full stilling. Vår sak gjelder imidlertid en annen situasjon, som illustreres med

dette eksemplet: Det er utlyst en 75 prosent stilling. En deltidsansatt med 50 prosent stillingsbrøk ønsker full stilling. Skal hun da – uten konkret vurdering – være avskåret fra å søke 50 prosent stilling, fordi arbeidsgiveren i så fall må utlyse en gjenstående 25 prosent stilling? I denne situasjonen har arbeidstakeren ingen reell valgmulighet, og hennes eneste "preferanse" er å få full stilling.

(105) Denne situasjonen er ikke drøftet i forarbeidene, og lovgiver tar så vidt jeg kan bedømme ikke standpunkt til problemstillingen. Det er da naturlig å se hen til hvilken løsning som best samsvarer med formålet med fortrinnsrettsordningen.

(106) Ordningen var begrunnet i et politisk ønske om at deltidsansatte – som særlig er kvinner, hvorav mange jobber i helsesektoren – skulle få økt sin stillingsandel, og at de som ønsker det, skal få mulighet til full stilling. De sysselsettings- og likestillingshensyn som bærer ordningen, er blant annet kommet til uttrykk i proposisjonen side 226:

"For den enkelte arbeidstaker kan uønsket deltid innebære både økonomiske og sosiale kostnader. Uønsket deltid innebærer også samfunnsøkonomiske kostnader, blant annet fordi denne arbeidskraften ikke fullt ut blir benyttet. Departementet vil i denne sammenheng også peke på de likestillingsmessige aspektene knyttet til deltid. Mange kvinner velger å arbeide deltid, for eksempel som en løsning på tidsklemma mellom arbeidslivet og omsorgen for små barn. Deltid som opprinnelig var frivillig kan imidlertid over tid endre karakter til ufrivillig deltid. Livssituasjonen kan endre seg slik at deltidsansatte ønsker å utvide stillingsbrøken, for eksempel fordi barna blir større. Det er på denne bakgrunn en målsetting å redusere omfanget av uønsket deltid.

Departementet mener at en fortrinnsrett for deltidsansatte vil kunne bidra positivt til at flere av de kvinner som i dag er i uønsket deltid får økt sin stillingsandel. Departementet vil vise til at dette kan være et viktig likestillingspolitisk virkemiddel. Det vises til at det særlig er kvinner som er deltidsansatt. En fortrinnsrett kan styrke kvinners stilling på arbeidsmarkedet og fremme deres reelle muligheter til økonomisk selvstendighet."

(107) Disse hensynene taler med styrke for at ulempekriteriet forutsetter en konkret vurdering også ved deling av stilling. Etter min vurdering er en unntaksfri avskjæring av fortrinnsretten i de situasjoner som vår sak gjelder, også dårlig forenlig med forarbeidenes presisering av at unntaket for vesentlig ulempe skal være en "sikkerhetsventil som kan avverge urimelige utslag av fortrinnsretten for virksomheten i konkrete tilfeller", jf. proposisjonen side 227. Jeg viser i denne sammenheng videre til at flertallet i stortingskomiteen presiserte at "arbeidsgiver bare unntaksvis skal ha rett til å vise til at fortrinnsretten er til vesentlig ulempe", jf. Innst. O. nr. 100 (2004–2005).

(108) Det jeg nå har sagt innebærer ikke at forarbeidsuttalelsene er uten betydning for fortrinnsrettens innhold og utstrekning. Forarbeidene gir klart uttrykk for at oppdeling av stilling kan medføre vesentlige problemer for arbeidsgivers mulighet for å få dekket sitt arbeidskraftbehov, og at ulempene ved å sitte igjen med reststillinger må veie tungt ved vurderingen av om det foreligger vesentlig ulempe. I det at det skal foretas en konkret vurdering, ligger imidlertid at arbeidsgiver må påvise *konkrete ulemper*, for eksempel fordi reststillingen som følge av størrelse eller innhold er vanskelig å besette. Men på bakgrunn av forarbeidsuttalelsene skal det ikke mye til før det foreligger vesentlige ulemper, og utgangspunktet er at arbeidsgiver ikke skal tåle en oppdeling av den utlyste stillingen.

(109) Jeg går etter dette over til å se på betydningen av Tvisteløsningsnemndas praksis.

- (110) Tvisteløsningsnemnda er sammensatt av en nøytral og arbeidslivskyndig leder som er jurist, og to medlemmer – en fra arbeidstakersiden og en fra arbeidsgiversiden. I tillegg oppnevnes det to medlemmer i den enkelte sak med særlig bransjeinnsikt. Foruten nemndas særlige ekspertise, har den også meget omfattende erfaring med problemstillingene knyttet til fortrinnsrett for deltidsansatte. I Fafo-rapport 2011:31 side 18 opplyses det at nemnda i perioden fra 2006 til 2011 totalt hadde behandlet 196 saker om fortrinnsrett.
- (111) Nemnda besitter altså en særlig juridisk og praktisk kompetanse, og gjennom partssammensetningen har avgjørelsene forankring hos arbeidslivets parter. Etter min vurdering tilsier dette at nemndas praksis må ha betydelig rettskildevekt, så langt den er basert på en presiserende tolkning av loven.
- (112) Nemndas praksis er oppsummert i sak 4/2013, som er gjengitt av førstvoterende. Essensen er at deling av en utlyst stilling som hovedregel vil utgjøre en vesentlig ulempe for arbeidsgiver. Det er ikke utelukket at man kan gjøre fortrinnsrett gjeldende til del av stilling, men det må stilles relativt små krav til arbeidsgivers konkretisering av negative virkninger.
- (113) Som det fremgår av dette er nemndas praksis i hovedsak i tråd med det syn jeg har på tolkningen av § 14-3. Jeg finner det da riktig å ta utgangspunkt i nemndas presiseringer i sak 4/2013 ved den konkrete vurderingen av om Oslo kommune har brutt fortrinnsretten ved ikke å gi A stillingen.
- (114) Lagmannsretten har lagt til grunn at det bare var A som hadde gjort fortrinnsrett gjeldende da innstillingen ble utarbeidet, og ikke to deltidsansatte, slik kommunen har anført.
- (115) Jeg har et annet syn enn lagmannsretten på dette bevisspørsmålet. Bakgrunnen for utlysningen var at en medarbeider sa opp sin 75 prosent faste stilling i desember 2011. Det fremgår av den skriftlige vitneforklaringen fra Elisabeth Jensen, som var leder for SAA, at kommunen rutinemessig vurderte hvilke deltidsansatte som ønsket å utvide stillingsbrøken, og at kommunen visste at også B ønsket å utvide stillingen til full stilling. Kommunens vurdering var videre at A og B måtte behandles likt dersom fortrinnsrett skulle gjøres gjeldende. Denne vurderingen fremstår etter mitt syn som saklig begrunnet.
- (116) Kommunens innstilling datert 12. april 2012 kan isolert leses slik at bare A ble vurdert som aktuell. I kommunens brev 4. mai 2012 fremgår det imidlertid at "[u]teteamet har tre ansatte som i dag ønsker å øke sine stillinger fra 75 % til 100 % stilling. Ved slike vurderinger vil ansiennitet legges til grunn for utvelgelse av hvem som får sin stilling øket". Jeg viser videre til kommunens brev 30. oktober 2012, hvor det uttales at kommunen vil sitte igjen med en 25 prosent stilling som dekker helg. Disse uttalelsene dokumenterer at kommunen tok hensyn til fortrinnsretten til så vel A som B, og det samme kommer frem i Jensens skriftlige forklaring for Høyesterett. Jeg legger til at kommunen etter fortrinnsretsreglene også hadde plikt til å ta begge de aktuelle deltidsansatte i betraktning.
- (117) Konsekvensen av dette var at kommunen ville stå igjen med en 25 prosent stilling etter at fortrinnsretten var utøvet. Det er dette faktum som må legges til grunn ved vurderingen av

om utøvelsen av fortrinnsrett ville innebære vesentlige ulemper for kommunen.

- (118) Turnusen i den utlyste stillingen besto av dagvakter, 8 kveldsvakter og 22 nattevakter over 12 uker. Hverken A eller B ville eller kunne ta flere helge- og nattevakter. Reststillingen på 25 prosent ville som følge av dette ha et stort innslag av ukurant arbeidstid, jf. Jensets forklaring:

"Følgene av å utvide stillingene til B og A ville være at etaten stod igjen med en reststilling som hadde helge og nattevakter. En stilling som etaten visste at det var svært vanskelig eller umulig å rekruttere til."

- (119) Hun uttaler videre at kommunen utlyste helgestillinger høsten 2011, våren 2012 og våren 2013 uten å få kvalifiserte søkere.
- (120) For å få turnus-kabalen til å gå opp måtte det utarbeides en ny grunnturnus. Det var allerede vedtatt at SAA i løpet av 2012 skulle starte en prosess med ny grunnturnus, men dette var en større prosess som tok tid og involverte mange ansatte. Faktisk kom den nye turnusen ikke på plass før sommeren 2013.
- (121) Da stillingen ble ledig, vurderte kommunen sammen med de tillitsvalgte om ønsker om utvidet stilling skulle innfris. A, som på dette tidspunkt var tillitsvalgt for Norsk Sykepleierforbund, deltok i samtalen. Konklusjonene var at det ikke var mulig å utvide stillingene. I avsnitt 58 og 59 i Jensets forklaring heter det om dette:

"(58) Alle ønsket å få til utvidelse av stillingene til de som ønsket det så fort det lot seg gjøre i forhold til tjenestens behov/turnus, men man kom til at det ikke var mulig å utvide stillingene til B og A i denne omgang."

(59) Vi kom til den beslutning at vi ikke kunne gjøre dette fordi vi ikke ville kunne få til å dekke opp turnus og vaktbelastning knyttet til den aktuelle stillingen uten vesentlig ulempe for hele tjenesten."

- (122) I samarbeid med de tillitsvalgte vurderte altså kommunen om ønskene om full stilling kunne innfris, eller om det ville føre til for store problemer for tjenesten. For kommunen var alternativet enten å utlyse en ukurant 25 prosent stilling, som ville være vanskelig å få besatt, eller å avvente det mer langsiktige arbeidet med å få på plass en endret grunnturnus. Etter min vurdering kan det ikke være tvil om at utøvelse av fortrinnsrett og oppdeling av den utlyste stillingen i denne situasjonen ville innebære vesentlige ulemper for kommunen.
- (123) Jeg stemmer etter dette for at Oslo kommune frifinnes, og at partene bærer sine egne saks kostnader.
- (124) Dommer **Bårdsen**: Jeg er kommet til at A skal tilkjennes erstatning for sitt økonomiske tap som følge av arbeidsgivers brudd på hennes fortrinnsrett til utvidet stilling.
- (125) For mitt syn på saken er det avgjørende at spørsmålet om brudd på fortrinnsretten allerede er behandlet og bindende avgjort i As favør av Tvisteløsningsnemnda, i tråd med den obligatoriske ordningen for løsning av slike tvister som er fastsatt i arbeidsmiljøloven § 17-2. Oslo kommune valgte ikke å bringe denne tvisten videre, slik loven gir anledning til i § 17-2 første ledd, jf. § 14-3. Kommunen var bundet av vedtaket allerede før søksmålsfristen løp ut, og kan da ikke nå anse seg ubundet og sågar kreve at også

domstolene skal se bort fra den fastsettelsen av rettsforholdet mellom partene som Tvisteløsningsnemndas konklusjon innebærer.

- (126) Jeg tar, på samme måte som førstvoterende, utgangspunkt i at behandling i Tvisteløsningsnemnda er en særlig mekanisme for løsning av visse tvister om rettigheter og plikter etter arbeidsmiljøloven, jf. oppstillingen i § 17-2 første ledd. Nemndsbehandling erstatter behandling i forliksrådet, jf. arbeidsmiljøloven § 17-1 tredje ledd. Behandling i Tvisteløsningsnemnda er en forutsetning for senere saksanlegg om det aktuelle tvistes spørsmålet, jf. § 17-2 andre ledd første punktum. Tematikken i sakene for Tvisteløsningsnemnda spenner fra utvalgte tvister om arbeidstidsordningen etter § 10-2, til visse tvister om overtid etter § 10-6, tvister om rett til permisjon etter kapittel 12, om rett for deltidsansatte til stilling tilsvarende faktisk arbeidstid etter § 14-4a, og altså tvister om fortrinnsrett etter § 14-3.
- (127) Siktemålet med nemndsordningen er å legge til rette for en ett-trinns, tilgjengelig, rask og forsvarlig tvisteløsningsmekanisme i stedet for ordinær domstolsbehandling. I forarbeidene beskrives dette som "en effektiv og prosessøkonomisk rimelig tvisteordning for 'moderate' konflikter", jf. NOU 2004: 5 side 470. Det er samme sted understreket at nemnda skal være krumtappen som tvisteløser i disse sakene, ikke bare en "ekstra stasjon før ordinær domstolsbehandling". Nemnda er sammensatt med tanke på behovet for arbeidslivsfaglig kompetanse og for at nemndas avgjørelser skal ha legitimitet overfor partene i arbeidslivet. Selv om nemnda i det ytre er et slags forvaltningsorgan, har den med hensyn til organisasjon, saksbehandling og funksjon også domstollignende trekk.
- (128) Det er ikke sagt direkte i loven eller forarbeidene at nemndas behandling leder frem til en løsning av tvisten som er bindende for partene fra og med vedtaket. Men rettskildene gir likevel gode holdepunkter for at dette er tilfellet. Jeg viser spesielt til tre forhold:
- (129) For det første at formålet var å etablere en mekanisme for tvisteløsning, basert på at nemnda skulle treffe vedtak som partene deretter kunne innrette seg etter. Det er ikke noe sted antydning at nemndas vedtak bare er bindende ved partenes etterfølgende godkjenning, eller at nemndas vedtak har karakter av en anbefaling, slik førstvoterende i realiteten legger opp til for saker om fortrinnsrett etter § 14-3.
- (130) For det andre er det i loven, i forarbeidene og i forskriften om nemnda brukt en terminologi som entydig sikter mot at nemndsbehandling leder frem til en bindende avgjørelse av tvisten. Det holder å vise til ordlyden i § 17-2, som bruker uttrykket "avgjørelse" og til forskriften om nemnda, som benytter ordet "vedtak".
- (131) For det tredje er det i § 17-2 andre ledd andre punktum sagt at ved rettslig behandling av tvisten skal "den konklusjon nemnda har kommet til stå ved lag mens saken er til behandling ved domstolene", med mindre retten – etter begjæring fra en part – bestemmer noe annet fordi dette vil virke urimelig. En slik regel om at nemndas konklusjon "står ved lag" gir ikke mening dersom ikke forutsetningen er at nemndas konklusjon "står ved lag" og legges til grunn mellom partene også *utenfor* søksmålssituasjonen. Det er hverken for arbeidsgiver eller arbeidstaker et hensiktsmessighets spørsmål om nemndas avgjørelse skal legges til grunn; den tvisten nemnda har tatt stilling til er, i og med nemndas vedtak, avgjort i tråd med nemndas konklusjon.

- (132) At loven er innrettet med det for øye at Tvisteløsningsnemndas konklusjon som sådan binder partene, bekrefte av at den anviser hvordan en part skal gå frem dersom han ikke aksepterer konklusjonen: Tvisten må bringes inn for domstolene innen åtte uker, jf. § 17-2. Ordningen her får hverken mening eller funksjon for saker om fortrinnsrett etter § 14-3 dersom hver av partene uavhengig av et slikt søksmål likevel skulle kunne se bort fra nemndas konklusjon.
- (133) Jeg er enig med førstvoterende i at lovens bestemmelser om hvordan søksmålsfristen i § 17-2 skal beregnes er uklare og virker lite gjennomtenkte fra lovgivers side. Dette kan imidlertid ikke ha som konsekvens at vedtakets bindende virkning faller bort i og med at fristen løper ut. Derimot må fristen, uansett hvordan dette fra lovgivers side måtte være innrettet, praktiseres slik at den ikke kommer i konflikt med den retten til domstolsbehandling som følger av Grunnloven § 95, av Den europeiske menneskerettskonvensjon artikkel 6 nr. 1 og av EØS-retten. Det er derfor ikke aktuelt å avvise et søksmål på grunn av fristen i § 17-2 med mindre vedkommende part har hatt rimelig og reell anledning til å sette seg inn i Tvisteløsningsnemndas vedtak og begrunnelse og til å vurdere om tvisten nå skal bringes inn for domstolene, eller om man skal slå seg til ro med nemndas konklusjon.
- (134) Jeg ser det slik at også etter utløpet av søksmålsfristen i § 17-2 er begge parter materielt bundet til å bygge på den løsningen av tvisten som følger av Tvisteløsningsnemndas konklusjon, på samme måte som de var det før søksmålsfristen løp ut. Spørsmålet for meg er derfor ikke om søksmålsfristen eller andre enkeltbestemmelser i loven gir hjemmel for å tillegge nemndas vedtak egentlige rettskraftvirkninger i sivilprosessuell forstand, men om det er noe som tilsier at domstolene skal se bort fra den materielle normeringen av rettsforholdet mellom partene som er fastsatt av nemnda, i en sak som en av partene senere anlegger for å *håndheve* sine rettigheter i tråd med nemndas konklusjon. Jeg har ikke funnet avgjørende argumenter i den retningen. Tvert om virker en slik løsning – hvor en part som er rettslig bundet likevel ikke er rettslig bundet når det kommer til håndhevelse fra den annen part – som paradoksalt og lite i tråd med de hensynene som ordningen med en tvisteløsningsnemnd skal ivareta. Her tenker jeg spesielt på hensynet til nemndas autoritet som den primære tvisteløser i de sakene som hører under dens kompetanse, og på partenes behov for å kunne innrette seg i tillit til nemndas avgjørelse.
- (135) Det følger av mitt syn på saken at det ved bedømmelsen av det erstatningskravet som A har fremsatt for domstolene, skal legges til grunn at A hadde fortrinnsrett etter arbeidsmiljøloven § 14-3, i tråd med Tvisteløsningsnemndas konklusjon. Hun bør etter mitt syn da tilkjennes erstatning, som jeg etter omstendigheten mener ikke bør overstige det økonomiske tapet som hun har lidt.
- (136) Det har ikke vært nødvendig for meg å ta selvstendig stilling til om A hadde fortrinnsrett. Jeg ønsker likevel å gi uttrykk for at dersom jeg hadde måttet ta selvstendig stilling til spørsmålet om A hadde fortrinnsrett, så ville jeg ha sluttet meg til andrevoterende, dommer Ringnes.
- (137) Dommer **Tønder**: Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med tredjevoterende, dommer Bårdsen, hva angår betydningen av Tvisteløsningsnemndas konklusjon for bedømmelsen av erstatningskravet, og at A bør tilkjennes erstatning begrenset til hennes økonomiske tap. Når det gjelder spørsmålet om A hadde fortrinnsrett, ville jeg – dersom jeg hadde måttet ta stilling til spørsmålet – ha sluttet meg til førstvoterende, dommer Bull.

(138) Justitiarius **Øie:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende, dommer Bull.

(139) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

D O M :

1. Oslo kommune frifinnes.
2. Sakskostnader tilkjennes ikke for noen instans.

Riktig utskrift bekreftes: