



# Tvisteløysingsnemnda

---

Vedtaksdato  
26. november 2020

Vår referanse  
2020/140

Saksbehandlar  
Mona Ekelund

## **VEDTAK NR 158/20 I TVISTELØYSINGSNEMNDA**

**Tvisteløysingsnemnda heldt møte torsdag 26. november 2020.**

Ved behandlinga av saka var Tvisteløysingsnemnda sett saman slik:

### **Faste medlemmar:**

Steffen G. Rogstad, nestleiar  
Tore Trygve Dahlstrøm, Unio  
Marianne Pedersen, Virke

### **Særskilt oppnemnde medlemmar**

Hege Torvbråten, KS  
Per Egil Johansen, Fagforbundet

### **Saka gjeld**

Tvist om fortrinnsrett for deltidstilsette etter arbeidsmiljølova § 14-3

### **Arbeidstakar**

A

### **Arbeidsgivar**

B kommune (tidlegare C kommune)

## Nemnda vedtok:

### Saksforhold

A er fast tilsett som miljøterapeut i stilling på 79 prosent i Bu- og miljøtenesta i B kommune. A hadde termin i september 2020 og er for tida i foreldrepermisjon.

Stillinga til A inneber miljøterapeutisk arbeid i dag- og kveldsturnus i X barnebustad og omsorgsbustad, tiltak G og D.

A er utdanna barnevernspedagog og har etterutdanningar i spesialpedagogikk, norsk, fysisk aktivitet og helsefremjande arbeid, valdsrisikovurdering og valdsrisikohandtering.

Frå 1. april 2019 hadde A fast helgestilling på 22,36 prosent. I ein open søknad 25. mars 2020 satt ho fram ynskje om full stilling. I e-post av 2. april 2020 takka A ja til tilbod om 3 månaders vikariat til ledige vakter i tiltak D.

I april 2020 lyste kommunen ut fire faste stillingar som vernepleiar/miljøterapeut i Bu- og miljøtenesta avdeling C. Tre av stillingane var 100 prosent og ei var på 75 prosent. Stillingane var i X, i tiltaka G, D, M (nyoppretta) og K. Kvar stilling har vakter i fleire av tiltaka.

A søkte på stillingane i slutten av april og kravde fortrinnsrett under intervju den 8. mai 2020.

Arbeidsgivar innvilga kravet delvis i brev datert 24. juni 2020. Den faste stillinga blei utvida til 79 prosent med verknad frå 10. august 2020. Turnusen for hausten 2020 innebar at ho arbeida helg og nokre kveldsvakter i tiltak G, medan resten av arbeidstida var i tiltak D. Arbeidsgivar av slo utviding til 100 prosent med grunngivinga at det ville vere til vesentleg ulempe for verksemda.

Dei utlyste stillingane blei fordelt slik at A og ein annan fast tilsett fekk auka stillingane sine, og to vikarar og ein ekstern søker blei tilsett i kvar si 100 prosent stilling.

Arbeidstakar fremma saka for Tvisteløysingsnemnda ved brev datert 16. juli 2020. Overfor nemnda har begge partar fått høve til å komme med utfyllande merknader. Arbeidsgivar har valt å ikkje etterkomme gjentekne oppmodingar frå nemnda om å opplyse saka, trass i fleire utsettingar av svarfrist.

Nemnda har fått desse dokumenta frå arbeidstakaren:

- brev datert 16. juli 2020 med vedlegg
- brev datert 28. juli 2020
- brev datert 29. juli 2020 med vedlegg
- brev datert 21. august 2020 med vedlegg
- brev datert 2. november 2020

Nemnda har fått desse dokumenta frå arbeidsgivaren:

- e-post av 2. oktober 2020

### **Utsegner frå arbeidstakar**

A meiner at ho har fortrinnsrett til ein av tre heiltidsstillingar som miljøterapeut, eller 77,64 prosent av dei utlyste stillingsprosentane, slik at ho får full stilling, utan å måtte arbeide kvar anna helg.

Ingen av dei tre som blei tilsett i dei fulle stillingane hadde fortrinnsrett.

A hevdar vidare at turnusen kunne blitt tilpassa slik at ho fekk full stilling. Turnuslinjene er fleksible og mange tilsette i X får endra fordelinga av stillingsprosentane sine på ulike tiltak frå haust- til vårturnus etter kva som passar verksemda best. Ei av dei utlyste stillingane er nyoppretta, og turnusen blei sydd i hop slik at vedkommande vikar skulle få full stilling på dag-/kveld og sleppe kvilande nattevakter. Denne stillinga kunne like godt vore tilpassa A sin turnus. Tre av dei nytilsette har nokre av vaktene sine i tiltak D, og A kunne fått 21 prosent av desse slik at ho fekk full stilling. At ein eller fleire av dei nytilsette ikkje ville fått full stilling inneber ikkje vesentleg ulempe.

At A tidlegare takka nei til vakne nattevakter og eit anna vikariat, avskjer ikkje fortrinnsretten.

### **Utsegner frå arbeidsgivar**

B kommune meiner A ikkje har fortrinnsrett til meir enn dei prosentane ho allereie er innvilga, og hevdar i hovudsak at det inneber vesentleg ulempe å gi ho full stilling.

Alle stillingar i Bu- og miljøtenesta inneber arbeid kvar 4. helg og det utgjør ei vesentleg ulempe å kombinere fleire stillingar, fordi det vil innebære arbeid kvar 2. helg. Arbeidsgivar har likevel utvida stillinga til A ved å slå saman to deltidsstillingar og står att med ei ledig helgestilling. A kan få full stilling om ho vil arbeide kvar 2. helg.

Det er gjort ei gjennomgang av arbeidsplanar og oppgåvefordeling, og ein samanslåing av deltidsstillingar for å auke faste tilsette sine stillingar, slik arbeidsgivar er pålagt ved ledige stillingar etter HTA § 2.3.1. Fleire søkarar hadde fortrinnsrett og arbeidsgivar har arbeidd med å slå saman fleire deltidsstillingar slik at fleire får utvida stilling. Ut i frå verksemdas behov og ressursar er det ikkje mogleg å gi A 100 prosent stilling.

I april 2020 fekk A tilbod om å utvide vikariatet sitt til full stilling, men avslo med reservasjonar mot kva tiltak ho ville jobbe i og at ho ikkje ville ha nattevakter.

Det inneber ei vesentleg ulempe om vikaren som er tilbudd ei av dei faste heiltidsstillingane ikkje får halda fram med oppgåvene ho har hatt i vikariatet. Ho har betre arbeidserfaring og er betre personleg eigna enn A. Både arbeidsgivar, tenestemottakarar, pårørande og kollegaer har eit sterkt ynskje om at ho held fram. Ho er også ynskja som primærkontakt når denne sluttar.

### **Merknader frå Tvisteløysingsnemnda**

Arbeidsmiljølova § 14-3 (5) fastset at tvist mellom arbeidsgivar og arbeidstakar om fortrinnsrett for deltidstilsette blir avgjord av Tvisteløysingsnemnda. I samsvar med forskrift om tvisteløysingsnemnd etter arbeidsmiljølova § 2 blir nemnda sett med nestleiar og to faste medlemmar. I tillegg er det nemnt opp to medlemmar med særleg kunnskap om den aktuelle bransjen (bransjemedlemmar)

Arbeidsmiljølova § 14-3 (1) fastset at deltidstilsette har fortrinnsrett til utvida stilling framfor at arbeidsgivaren gjer nyttilsettingar i verksemda. Eit vilkår for fortrinnsretten er at arbeidstakaren er kvalifisert for stillinga, og at å bruke fortrinnsretten ikkje vil gi vesentlege ulemper for verksemda, jf. § 14-3 (2). Ved vurderinga av om arbeidstakaren er kvalifisert, kan det, ifølgje førearbeida til lova, takast omsyn til både faglege og personlege føresetnader. Fortrinnsretten kan òg gjelde ein del av ei stilling.

A var fast tilsett i ei stilling på 22,36 prosent og la fram krav om fortrinnsrett til ein 100 prosent stilling, eller 77,64 prosent av ei utlyst 100 prosent stilling slik at ho til saman vil få ein stillingsprosent på 100.

Arbeidsgivar har ikkje hevda at A ikkje er kvalifisert. Ut i frå opplysningane i saka legg nemnda også til grunn at A er kvalifisert for dei utlyste stillingane.

Av lovteksten går det fram at fortrinnsretten gjeld «utvidet stilling». I førearbeida til arbeidsmiljølova § 14-3 (Innst. O. nr. 100 for 2004–2005 punkt. 17.2) er det presisert at retten gjeld stillingar med om lag same arbeidsoppgåver som den deltidstilsette allereie utfører i si faste stilling. Dette er også lagt til grunn i nemndas praksis.

Slik nemnda forstår opplysningane i saka er det ikkje omstridt at dei omtvista stillingane har om lag dei same arbeidsoppgåvene som A si faste stilling, og nemnda legg også dette til grunn.

Nemnda vil påpeike at vikarar utan ei fast tilsetting i verksemda ikkje kan få fortrinnsrett etter arbeidsmiljølova § 14-3, då dei ikkje oppfyller vilkåret om å vere «deltidstilsette». Nemnda legg derfor til grunn at dei to vikarane og den eksterne søkaren ikkje hadde fortrinnsrett til dei utlyste heiltidsstillingane som miljøterapeut/vernepleiar.

Usemla mellom partane gjeld kor vidt det inneber vesentleg ulempe for verksemda å gi A fortrinnsrett til høgare stilling enn 79 prosent.

Spørsmålet nemnda må ta vurdere er derfor kor vidt det inneber vesentleg ulempe å gi A fortrinnsrett til ei av heiltidsstillingane som miljøterapeut, utan å kombinere den med den stillinga ho har i dag. Subsidiært må nemnda evt. vurdere om ei auke stillinga hennar med ytterlegare 21 prosent inneber vesentleg ulempe.

Kva som ligg i omgrepet vesentleg ulempe, er ikkje nærmare definert i lova. Av førearbeida til lova, Ot. prp. nr. 49 (2004–2005) punkt 17.2.6, går det fram at dette vil kvile på ei konkret vurdering av om det å bruke fortrinnsretten i det enkelte tilfellet vil gi urimelege utslag for verksemda:

*«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.»*

I samband med lovendringa i 2019 (Prop. 57 L (2017–2018) punkt 7.3) har departementet komme med følgjande merknad til føresegna:

*«Endringen innebærer at en kvalifisert deltidsansatt i prinsippet kan ha fortrinnsrett til bare en del av en stilling, forutsatt at fortrinnsretten kan gjennomføres uten at den er til vesentlig ulempe for arbeidsgiver. At arbeidsgiver blir sittende igjen med en reststilling det vil kunne være vanskelig å rekruttere kvalifiserte søkere til, kan innebære en slik vesentlig ulempe. Det samme vil kunne være tilfellet dersom gjennomføring av fortrinnsrett til bare en del av en stilling innebærer at virksomheten får flere, og ikke færre, deltidsansatte.»*

Verknaden av den ulempa arbeidsgivaren blir påført ved bli sittande med ein låg stillingsbrøk, må vurderast konkret, utgangspunktet må likevel vere at deling av ei utlyst stilling vil utgjere ei ulempe for arbeidsgivaren, og at det derfor må stillast relativt små krav til konkretiseringa av negative verknader. Departementet slutta seg òg til denne vurderinga i Prop. 57 L (2017–2018) s. 14.

Nemnda har etter ei konkret vurdering komme fram til at det ikkje er tilstrekkeleg godt gjort frå arbeidsgivar si side at det vil medføre vesentleg ulempe for verksemda å tilby A ein av dei tre heiltidsstillingane som miljøterapeut.

Etter nemndas forståing er det sentrale i arbeidsgivars argumentasjon for tilsettinga i ei av stillingane at vedkommande var betre kvalifisert. Etter nemnda sin praksis kan ikkje fortrinnsrett bli nekta med den grunngevinga at ein annan søkar er betre kvalifisert eller har ein meir attraktiv kompetanse. Denne verknaden kan derfor i seg sjølv ikkje vere ein «vesentlig ulempe» i lovas forstand.

Eventuelle ulemper ved å tilby A ei av dei to andre heiltidsstillingane er ikkje konkretisert frå arbeidsgivar, då dei har valt å ikkje opplyse saka overfor nemnda. Det er opplyst i avslaget at ei auke av stillinga ved å gi A ytterlegare 21 prosent ikkje lar seg gjere fordi det som er ledig er ei helgestilling og at alle tilsette arbeidar kvar 4. helg, noko som forutset at A vil arbeide kvar anna helg. Nemnda kan ikkje sjå at denne påstanden, eller eventuelle andre problem med tilpassing av turnusar er relevant i vurderinga av om A hadde fortrinnsrett til ei av dei utlyste heiltidsstillingane utan å kombinere delar av ho med si faste stilling.

Nemnda har etter dette komme til at A hadde fortrinnsrett til ei av heiltidsstillingane som miljøterapeut.

Det er etter dette ikkje nødvendig for nemnda å vurdere kor vidt det ville innebære vesentleg ulempe å gi A delar av dei utlyste stillingane slik at ho til saman fekk ei stilling på 100 prosent i kombinasjon med den faste stillinga hennar.

### **Konklusjon**

Tilsettinga av ein ekstern søker var i strid med A si fortrinnsrett etter arbeidsmiljølova § 14-3.

Tvisteløysingsnemnda

Steffen G. Rogstad  
Nestleiar

26. november 2020

### **Til orientering:**

Tvistar som nemnt i §§ 8-3, 10-13, 12-14, 14-3 og 14-4 a kan bringast inn for domstolane etter at avgjerda frå Tvisteløysingsnemnda er klar, jf. arbeidsmiljølova § 17-2 (2). Konklusjonen frå nemnda står ved lag mens saka er til behandling i domstolane. Dersom dette vil verke urimeleg, kan retten etter krav frå ein av partane fastsette ei anna, mellombels ordning.

Fristen for å bringe tvisten inn for domstolane er åtte veker frå det tidspunktet parten blei underretta om avgjerda til nemnda, jf. arbeidsmiljølova § 17-2 (3).

Blir det ikkje reist søksmål innan fristen, har vedtaket verknad som ein rettskraftig dom, og det kan fullbyrdast etter reglane som gjeld for dommar, jf. arbeidsmiljølova § 17-2 (4).