

## **VEDTAK NR 68/10 I TVISTELØSNINGSNEMNDA**

**Tvisteløsningsnemnda avholdt møte onsdag 13. oktober 2010 i Regjeringskvartalet, R5.**

Ved behandlingen av saken var tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

### **Faste medlemmer**

Henning Harborg, leder  
Karen Sophie Steen, LO  
Elisabeth Lea Strøm, NHO

### **Særskilt oppnevnte medlemmer**

Børge Benum, KS  
Thea Wessel Jørgensen, Norsk Fysioterapeutforbund

### **Saken gjelder**

Tvist om fortrinnsrett for deltidsansatte etter arbeidsmiljøloven § 14-3

### **Arbeidstaker**

A

### **Arbeidsgiver**

B kommune

## **Det ble truffet slikt vedtak:**

### **Saksforhold**

A er fast ansatt i B kommune som fysioterapeut. Hun tiltrådte en stilling på 60 prosent i april 2010. I perioden frem til 6. juli 2010 har hun i tillegg hatt et engasjement i kommunen på 40 prosent. Da kommunen fikk en ledig stilling på 70 prosent fremsatte A ønske om en fast fulltidsstilling.

A mottok avslag på søknaden om fulltidsstilling 30. juni 2010 fordi arbeidsgiver ikke fant det hensiktsmessig å sitte igjen med en ubesatt stilling på 30 prosent. Kommunen fant likevel å kunne tilby A en fast stilling på 80 prosent medio juli 2010. Hun aksepterte tilbudet.

Saken ble brakt inn for tvisteløsningsnemnda ved e-post av 26. juli 2010 og likelydende brev av samme dato fra advokat X på vegne av A. Overfor nemnda har begge parter fått anledning til å komme med utfyllende opplysninger/kommentarer.

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra advokat X:

- brev av 26. juli 2010 med vedlegg
- brev av 7. september 2010

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra B kommune:

- brev av 16. august 2010 med vedlegg

### **Arbeidstakers anførsler**

På vegne av A anføres i det vesentligste:

Det er enighet om at A er kvalifisert for stillingen. Spørsmålet er om det ville være til vesentlig ulempe for arbeidsgiver å tilby A fulltidsstilling. Kommunens begrunnelse for det delvise avslaget er generell, og ikke knyttet opp mot vurderingstemaet – vesentlig ulempe – i arbeidsmiljøloven § 14-3.

Til kommunens anførsel om at en stilling på 30 prosent vil være i strid med kommunens policy om at ingen skal ha mindre stillingsandeler enn 40 prosent, anføres at en slik policy ikke alene kan gi grunnlag for å fravike arbeidsmiljølovens regler om fortrinnsrett for deltidsansatte.

Kommunen har ikke dokumentert forsøk på å få besatt en ledig stilling på 30 prosent. Stillingen har ikke vært utlyst og det er heller ikke dokumentert andre forsøk på å rekruttere til en slik stilling.

## **Arbeidsgivers anførsler**

B kommune anfører i det vesentligste:

A har fått en stilling på 80 prosent. Avdelingen har da en ledig stilling på 50 prosent. Ut fra driftsmessige hensyn vil en stilling på 60 prosent sikre større kontinuitet i tjenestetilbudet fordi stillingen vil være mer attraktiv for nye søkere og fordi kommunen ville hatt fysioterapeuter tilgjengelig flere dager i uken. Likevel har A blitt tilbudt stilling på 80 prosent etter en avveining av tjenestetilbud og personellmessige hensyn. Et tilbud om fulltidsstilling til A ville medført store problemer med å tilsette i en stilling på 30 prosent og tjenestetilbudet ville blitt vesentlig redusert. Det er ingen andre i avdelingen som ønsker å øke sin stilling med en slik stillingsandel. For øvrig har kommunen vedtatt at man ikke skal ha mindre stillingsandeler enn 40 prosent.

## **Twisteløsningsnemndas merknader**

Twist mellom arbeidsgiver og arbeidstaker om fortrinnsrett for deltidsansatte kan bringes inn for tvisteløsningsnemnda, jf. arbeidsmiljøloven § 17-2 første ledd og § 14-3 fjerde ledd. Frist for å bringe saken inn for nemnda er fire uker fra arbeidsgiver avslø kravet fra arbeidstaker, jf. forskrift om tvisteløsningsnemnd etter arbeidsmiljøloven § 3 tredje ledd.

Søknaden om fortrinnsrett for A ble avslått av B kommune ved brev av 30. juni 2010. På vegne av A brakte adv. X tvisten inn for tvisteløsningsnemnda ved brev av 26. juli 2010. Saken anses dermed som rettidig innbrakt.

Arbeidsmiljøloven § 14-3 første ledd fastsetter at deltidsansatte har fortrinnsrett til utvidet stilling fremfor at arbeidsgiver foretar ny ansettelse i virksomheten. Fortrinnsretten er betinget av at arbeidstaker er kvalifisert for stillingen og at utøvelse av fortrinnsretten ikke vil innebære vesentlige ulemper for virksomheten, jf. § 14-3 andre ledd. Det er enighet om at kvalifikasjonskravet er oppfylt i det foreliggende tilfellet. Det er heller ingen tvil eller uenighet om at det her ble foretatt en ny ansettelse i lovens forstand i stillingen på 70 prosent. A hadde dermed fortrinnsrett til denne stillingen, og ble også tilbudt denne. A ønsket imidlertid heller en andel av den utlyste stillingen slik at hun oppnår full stilling. Slik nemnda har forstått bestemmelsen i § 14-3, utelukker den ikke at fortrinnsrett kan gjøres gjeldende til en andel av utlyst stilling, men at kravet gjelder en andel av stilling vil – som nemnda kommer tilbake til – kunne ha betydning i ulempevurderingen.

Det avgjørende spørsmål i saken er om utøvelse av fortrinnsretten vil innebære vesentlig ulempe for virksomheten. Hva som ligger i begrepet vesentlig ulempe er ikke nærmere definert i loven. Av lovens forarbeider, Ot. prp. nr. 49 (2004-2005) side 227, fremgår det at dette vil bero på en konkret vurdering av om utøvelse av fortrinnsretten i det enkelte tilfelle vil gi urimelige utslag for virksomheten.

Etter forarbeidene vil forbeholdet om vesentlig ulempe blant annet innebære at deltidsansatte som gjør fortrinnsrett gjeldende i utgangspunktet ikke kan velge å søke en andel av den utlyste stillingen, men må akseptere hele den utlyste stillingen. Etter lovens forarbeider er hovedregelen altså at en oppdeling av en utlyst stilling vil utgjøre en vesentlig ulempe for arbeidsgiver. Nemnda har tidligere likevel lagt til grunn at forarbeidene ikke kan forstås slik at fortrinnsretten skal være avskåret i alle tilfeller hvor utøvelsen av den vil medføre at det blir igjen en rest av den utlyste stillingen. Virkningen av den ulempen arbeidsgiver blir påført ved en resterende lav stillingsbrøk, må vurderes konkret, og det kan således åpnes for unntak fra

hovedregelen. Nemnda har for eksempel gjort slikt unntak i enkelte tilfeller der flere deltidsansatte sammen har gjort krav på hver sin andel av en utlyst stilling, altså slik at arbeidsgiver ikke blir sittende med en liten restandel. Utgangspunktet må likevel være at deling av en utlyst stilling vil utgjøre en vesentlig ulempe for arbeidsgiver, og at det følgelig ikke stilles strenge krav til arbeidsgivers konkretisering av negative virkninger.

Nemndas flertall, medlemmene Harborg, Strøm, Steen og Benum, har funnet at det vil medføre vesentlig ulempe for arbeidsgiver om A skulle kunne gjøre fortrinnsrett til en slik andel av den utlyste stilling at hun vil få full stilling. Ved å tilby A en fulltidsstilling vil arbeidsgiver sitte igjen med en stillingsbrøk på 30 prosent. Etter det opplyste er det ingen andre interne søkere med fortrinnsrett som ønsker denne stillingsbrøken, og flertallet legger til grunn arbeidsgivers opplysninger om at det vil være vanskelig å rekruttere i en så liten reststilling, og at det vil gå utover tjenestetilbudet. Flertallet legger også en viss vekt på at arbeidsgiver ut fra hensynet til arbeidstaker har økt stillingen hennes til 80 prosent. Flertallet finner etter dette at det foreligger en vesentlig ulempe i lovens forstand i dette tilfellet.

Nemndas mindretall, Jørgensen, er i dette tilfellet kommet til at det ikke vil medføre en vesentlig ulempe for virksomheten at arbeidstaker gjør fortrinnsrett gjeldende til en slik andel av den utlyste stillingen at han får full stilling.

Arbeidsgiver har på generelt grunnlag vist til at det vil være vanskelig å bemanne en stilling på 30 prosent og at tjenestetilbudet vil forringes, men har ikke vist til konkrete forsøk på å løse problemene. Det fremstår for mindretallet som om kommunen har lagt vesentlig vekt på sin egen policy om ikke å ha stillinger på under 40 prosent. En slik policy kan ikke i seg selv begrunne unntak for arbeidstakernes rettigheter etter § 14-3. En vesentlig ulempe må begrunnes i hvert enkelt tilfelle.

### **Konklusjon**

Arbeidstaker gis ikke medhold

Tvisteløsningsnemnda

Henning Harborg  
leder

Lillestrøm, 14.10.2010

**Til orientering:**

Twist om fortrinnsrett for deltidsansatte kan bringes inn for domstolene etter at tvisteløsningsnemndas avgjørelse foreligger, jf. arbeidsmiljøloven § 17-2 andre ledd. Nemndas konklusjon står ved lag mens saken er til behandling ved domstolene. Dersom dette vil virke urimelig, kan retten etter krav fra en av partene fastsette en annen midlertidig ordning.

Fristen for å bringe tvisten inn for domstolene er åtte uker regnet fra det tidspunkt tvisteløsningsnemndas avgjørelse foreligger, jf. arbeidsmiljøloven § 17-2 tredje ledd.