

## **VEDTAK NR 21/09 I TVISTELØSNINGSNEMNDA**

**Tvisteløsningsnemnda avholdt møte torsdag den 23. april 2009 i Arbeidstilsynets lokaler, Lillestrøm.**

Ved behandlingen av saken var tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

### **Faste medlemmer**

Henning Harborg, leder  
Haakon Skaug, LO  
Tor Brustad, NHO

### **Særskilt oppnevnte medlemmer**

Inger Åfoss, Fagforbundet  
Øyvind Gjelstad, KS

### **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 som hjelpepleier med videreutdanning innen psykiatri i en stilling på 80 prosent i B kommune, for tiden ved B sykehjem. A har hatt permisjon fra stilling på 25 prosent siden 2006.

I november 2007 ble det internt lyst ut en stilling på 40 prosent for helse- og sosialfaglig personell ved psykiatriavdelingen i B kommune. Søknadsfristen var 20. november 2008. Det var to interne søkere til stillingen: C, som hadde 100 prosent fast stilling i kommunen og A.

Begge søkerne ble ansett som kvalifiserte for stillingen. Rådmannen innstilte A til stillingen, hvorpå fagforeningen Delta anket avgjørelsen inn for Administrasjonsutvalget. I møte den 21. april 2008 fattet Administrasjonsutvalget vedtak om at de to søkerne skulle tilbys 20 prosent av stillingen hver.

På avgjørelsestidspunktet arbeidet A 55 prosent i sin faste stilling i tillegg til et vikariat på 30 prosent ved psykiatritjenesten. Hun sa i februar 2008 opp en del av sin faste stilling (25 prosent) etter henvendelse fra leder der om at stillingen måtte omgjøres. Hun var gjort kjent med at hun ville bli innstilt til den ledige stillingen i psykiatrien

De to arbeidstakerne delte så stillingen i påvente av tvisteløsningsnemndas avgjørelse i saken.

Tvisteløsningsnemnda fattet vedtak om avvisning av saken i vedtak 48/08. Begrunnelsen for avvisningen var at arbeidsgiver ikke hadde fattet noe endelig avslag i saken og det dermed ikke forelå en konkret og avgrenset tvist mellom partene slik arbeidsmiljøloven § 14-3 fjerde ledd, jf. § 17-2 forutsetter.

16. januar 2009 fattet derfor Administrasjonsutvalget i B kommune vedtak om at A og C blir tilbudt 20 prosent hver.

Fagforbundet brakte på ny saken inn for tvisteløsningsnemnda ved brev av 28. januar 2009.

Overfor nemnda har begge parter på nytt fått anledning til å komme med utfyllende merknader i saken. Det foreligger ikke nye opplysninger og saken legges derfor frem for nemnda med de samme dokumentene som lå til grunn for vedtak 48/08.

Fagforbundet opplyste i august 2008 at saken ble sendt til sekretariatet for tvisteløsningsnemnda den 28. april 2008. Saken hadde imidlertid ikke kommet frem, og ble derfor sendt på nytt per e-post og brev den 19. august 2008. Overfor nemnda fikk begge parter anledning til å komme med utfyllende merknader i saken. Disse fremkommer i arbeidsgivers brev av 11. september 2008, samt arbeidstakers brev av 29. august 2008.

### **Arbeidstakers anførsler**

Fagforbundet hevder at A hadde fortrinnsrett til hele den utlyste stillingen på 40 prosent ved psykiatritjenesten i B kommune. Det anføres i det vesentligste:

C er ansatt i fast stilling på 100 prosent i kommunen og har derfor ikke fortrinnsrett til den utlyste stillingen.

Enhetsleder har argumentert med at det ikke er tjenlig med små stillinger i psykiatritjenesten. Det må derfor være en fordel å gi A 40 prosent i stedet for å dele stillingen i to.

Det anføres at utlysningsteksten er bindende, og at det derfor ikke holder at enhetsleder ønsket en aktivitør. Stillingen er opprinnelig en hjelpepleierstilling med videreutdanning i psykiatri. Denne kompetansen har A, i tillegg til at hun har vikariert i stillingen i ett år, og ikke har fått signaler om at hun ikke er skikket til stillingen. A er tvert imot den best kvalifiserte.

Det er ikke en vesentlig ulempe for arbeidsgiver i å gi A hele stillingen på 40 prosent. Hun har sagt opp de 25 prosentene hun hadde permisjon fra. Denne stillingen inneholdt ikke helg og kan overføres til en annen deltidsansatt som ønsker utvidet stilling.

### **Arbeidsgivers anførsler**

B kommune anser denne saken som utfordrende i forhold til forståelse og fortolkning av arbeidsmiljøloven § 14-3. Rådmannens innstilling var i stor grad bygget på veiledning fra sekretariatet for tvisteløsningsnemnda.

Begge søkerne anses kvalifisert til å kunne tiltre den utlyste stillingen. Søkerne, som begge er fast ansatt, delte på stillingen inntil fast avgjørelse fra tvisteløsningsnemnda foreligger.

Enhetsleder mener det er ønskelig med en stilling på 100 prosent for å ha kontinuitet og helhet. For brukerne kunne det også være ønskelig med aktivitørbakgrunn, som C har.

### **Tvisteløsningsnemndas merknader**

Tvist mellom arbeidsgiver og arbeidstaker om fortrinnsrett for deltidsansatte kan bringes inn for tvisteløsningsnemnda, jf arbeidsmiljøloven § 17-2 første ledd, jf § 14-3 fjerde ledd. Frist for å bringe saken inn for nemnda er fire uker etter at arbeidsgiver avslo krav fra arbeidstaker, jf forskrift om tvisteløsningsnemnd etter arbeidsmiljøloven § 3 tredje ledd. Søknaden ble avslått av arbeidsgiver den 16. januar 2009 og saken ble brakt inn for nemnda i brev datert 28. januar 2009. Saken er derved 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. Selv om kommunen har hevdet at det kunne være ønskelig å ansette en person med aktivitørbakgrunn, er det ingen uenighet mellom partene om at A er kvalifisert for stillingen. Det er heller ingen uenighet om at det ikke vil være til vesentlig ulempe å ansette henne i stillingen. Det avgjørende spørsmål er derfor om A kan gjøre fortrinnsrett til stillingen gjeldende til fortrenghet for en annen intern søker som allerede er ansatt i stilling på 100, dvs. om dette kan regnes som en ny ansettelse etter arbeidsmiljøloven § 14-3.

Tvisteløsningsnemndas flertall, medlemmene Harborg, Skaug og Åfoss, viser til nemndas avgjørelser i sakene 20/07 og 45/07 der et flertall på tre fant at § 14-3 måtte få anvendelse også overfor interne søkere. Verken i lovens ordlyd eller forarbeider er det dekning for å hevde at fortrinnsretten bare kan gjøres gjeldende overfor eksterne søkere. Flertallet er av den oppfatning at det her dreier seg om en ny ansettelse i lovens forstand. Flertallet registrerer at

A i utgangspunktet hadde stilling på 80 prosent og derfor kun kunne gjøre fortrinnsrett gjeldende til stilling på 20 prosent. Etter anmodning fra arbeidsgiver sa hun imidlertid opp deler av sin stilling og gjorde gjeldende fortrinnsrett til hele den ledige stillingen på 40 prosent. Under de spesielle omstendigheter i denne saken finner flertallet at A gis medhold i sitt krav om fortrinnsrett til den ledige stillingen på 40 prosent.

Twisteløsningsnemndas mindretall, medlemmene Brustad og Gjelstad, er av den oppfatning at bestemmelsen i arbeidsmiljølovens § 14-3 om fortrinnsrett for deltidsansatte ikke kommer til anvendelse i et tilfelle som det foreliggende. Kommunen har ikke foretatt noen reell ny tilsetting, men har valgt å gi deler av den ledige stillingen til en annen intern søker. Realiteten er at det bare har skjedd en omdisponering blant de ansatte i virksomheten, hvor en annen medarbeider har blitt forflyttet og fått andre arbeidsoppgaver. Slik mindretallet ser det foreligger det da ikke en ny ansettelse som utløser fortrinnsrett for deltidsansatte.

Etter mindretallets oppfatning har A under enhver omstendighet ikke krav på mer enn 20 prosent av den utlyste stillingen. På utlysningstidspunktet var A ansatt i 80 prosent stilling og kunne således ikke gjøre fortrinnsrett gjeldende for mer enn 20 prosent. At A på lik linje med C aksepterte å redusere sin stilling under forutsetning av at hun ble tilsatt i stillingen, medfører etter mindretallets oppfatning ikke en rett til utvidelse av hennes lovbestemte fortrinnsrett.

A ønske om hele den utlyste stillingen må, etter mindretallets mening, åpenbart ha vært motivert ut i fra andre grunner enn full stilling.

### **Konklusjon**

Arbeidstaker gis medhold.

Twisteløsningsnemnda

Henning Harborg  
leder

Lillestrøm, 28. april 2009

### **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.