

## **VEDTAK NR 89/09 I TVISTELØSNINGSNEMNDA**

**Tvisteløsningsnemnda avholdt møte torsdag den 5. november 2009 i Departementsbygningen i Akersgata 59, Oslo.**

Ved behandlingen av saken var tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

### **Faste medlemmer**

Hilde Enger, leder (vara)  
Haakon Skaug, LO  
Elisabeth Lea Strøm, NHO

### **Særskilt oppnevnte medlemmer**

Liv Schou, Felleskjøpet Agri BA  
Aud Trulsen, Handel og kontor (pensjonert)

### **Saken gjelder**

Tvist om fortrinnsrett for deltidsansatte etter arbeidsmiljøloven § 14-3

### **Arbeidstaker**

A

### **Arbeidsgiver**

B

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

### **Saksforhold**

A er ansatt i fast stilling på 70 prosent som butikkselger ved B.

I 2009 har avdelingen redusert med 0,5 årsverk slik at den nå har 2,7 årsverk fordelt på fire faste ansatte. Butikksjef arbeider i stilling på 100 prosent, en butikkselger i stilling på 70 prosent og to butikkselgere i stillinger på 50 prosent.

Bemanningsbehovet er størst i vår - og sommersesongen.

Minimumsbemanningen opplyses å være to ansatte, men det vurderes å være behov for tre ansatte minimum tre dager i uken.

Butikksjefen arbeider mandag til fredag i butikkens åpningstid. Butikkselger i stilling på 70 prosent arbeider tirsdag til fredag hver annen uke og onsdag til fredag hver annen uke. De to butikkselgerne i stilling på 50 prosent arbeider vekselvis to og tre dager per uke. I tillegg arbeider hver av de fire faste ansatte hver fjerde lørdag. For å dekke bemanningsbehovet har virksomheten ansatt lørdagshjelp og har ferievikarer.

Arbeidsoppgavene i virksomheten kan i grove trekk inndeles i lagerarbeid, ekspedering i butikk, varebestilling og diverse administrasjon som kassaoppgjør og kontering av fakturaer. Siden virksomheten er så vidt liten går de ansattes oppgaver noe over i hverandre.

Varebestilling fra de ulike leverandørene er fordelt på de ansatte slik at den enkelte har et særskilt ansvar for å følge opp bestillinger fra ulike leverandører.

B utlyste stilling på 50 prosent som butikkselger i B den 2. mai 2009. A søkte den utlyste stillingen i brev av 22. mai 2009 og henviste blant annet til arbeidsmiljøloven § 14-3 om fortrinnsrett for deltidsansatte. Det fremgår av søknaden at han ønsket full stilling og at søknaden således gjelder 30 prosent av den utlyste stillingen på 50 prosent.

Etter det opplyste ble søknaden avslått muntlig den 25. juni 2009. I udatert brev ble avslaget begrunnet og det er senere opplyst at brevet er av 29. juni 2009.

Stillingen er besatt av en ekstern søker.

Saken ble brakt inn for tvisteløsningsnemnda ved brev av 1. juli 2009.

Overfor nemnda har begge parter fått anledning til å komme med utfyllende merknader i saken.

Det foreligger følgende dokumenter fra Negotia:

- brev av 1. juli 2009
- brev av 18. august 2009
- e-post av 26. oktober 2009
- e-post av 26. oktober 2009
- e-post av 28. oktober 2009
- 

Det foreligger følgende dokumenter fra B:

- brev av 11. september 2009
- e-post av 24. september 2009
- e-post av 5. oktober 2009

- e-post av 27. oktober 2009
- e-poster av 4. november 2009

### **Arbeidstakers anførsler**

Negotia anfører i det vesentligste:

A er urettmessig forbigått ved tilsetting av ekstern søker. Han har i lengre tid ønsket utvidet stilling og har også tidligere søkt om dette. Det vises til at han da virksomheten utlyste ledige stillinger i 2006 og 2008 søkte om utvidet stilling, men at han også da ble forbigått av eksterne søkere. Han mener at han er kvalifisert til stillingen og viser til at arbeidsoppgavene som er tillagt stillingen tilsvarer de arbeidsoppgavene han har utført siden han begynte i virksomheten i 2001. A mener at arbeidsgiver ikke i tilstrekkelig grad har dokumentert at det medfører vesentlig ulempe å utvide hans stilling som omsøkt. Butikkselgernes arbeidsoppgaver er ikke av en slik karakter at en eventuell ansettelse i stilling på 20 prosent vil være problematisk. A er for øvrig også villig til å tilpasse sin arbeidstid dersom det vurderes som nødvendig av bemanningsmessige hensyn.

Det er ikke opplyst hvorvidt arbeidsgiver har gjort forsøk på å ansette en ekstern person i stilling på 20 prosent. Det er ukjent for A hvorvidt en annen ansatt i stilling på 50 prosent er forespurt om utvidelse av sin stilling med 20 prosent.

A har over flere år arbeidet betraktelig mer enn stillingsandelen på 70 prosent tilsier og stiller seg derfor tvilende til om arbeidsgivers vurdering av bemanningsbehovet er reelt. Etter hans oppfatning viser bruken av ferievikarer og lørdagshjelp at virksomheten har en mulighet til å fordele arbeidet på en annen måte for å kunne imøtekomme hans ønske om full tidsarbeid.

Formålet bak bestemmelsen i arbeidsmiljøloven § 14-3 er at arbeidstakere som arbeider uønsket deltid skal få økt sin stillingsandel. Formålet bak bestemmelsen kan vanskelig oppfylles dersom arbeidsgiver gjentatte ganger ansetter eksterne medarbeidere på bekostning av As ønske om å jobbe full tid.

### **Arbeidsgivers anførsler**

B anfører i det vesentligste:

For virksomheten innebærer det en vesentlig ulempe å dele opp stillingen slik A ønsker. Ved å dele opp stillingen slik at A fikk full stilling, ville det innebære en reststilling på 20 prosent. Det vurderes som svært vanskelig å få kvalifiserte søkere til en stilling på 20 prosent. Med tanke på fordeling av ansvarsområder og oppfølging av disse anses det også lite hensiktsmessig for virksomheten å ha ansatte i så vidt små stillinger.

Virksomheten har måtte redusere med et halvt årsverk. Med 2,7 årsverk fungerer det best med den nåværende stillingsfordelingen for å dekke opp for sykefravær.

### **Tvistløsningsnemndas merknader**

Tvist 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 etter at arbeidsgiver avslo krav fra arbeidstaker, jf forskrift om tvisteløsningsnemnd etter arbeidsmiljøloven § 3 tredje ledd.

Søknaden om fortrinnsrett for A ble avslått muntlig av B den 25. juni 2009. Negotia brakte tvisten inn for tvisteløsningsnemnda i brev av 1. juli 2009. 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. Ved vurderingen av om arbeidstaker er kvalifisert kan det, i henhold til lovens forarbeider, tas hensyn til både faglige og personlige forutsetninger.

Det er ingen uenighet mellom partene om at det er foretatt en ny ansettelse i lovens forstand eller at arbeidstaker er kvalifisert for stillingen.

Det avgjørende for nemnda blir derfor om utøvelse av fortrinnsrett til den ledige stillingen vil innebære en 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) kapittel 17.2.6 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. I henhold til forarbeidene vil forbeholdet om vesentlig ulempe blant annet innebærer at deltidsansatte som gjør fortrinnsrett gjeldende ikke kan velge å søke en andel eller brøk av den utlyste stillingen, men må akseptere hele den utlyste stilling. Dersom den utlyste stillingen kun er en mindre stillingsbrøk som kan kombineres med den deltidsstilling arbeidstakeren allerede har, er utgangspunktet at vedkommende kan utøve fortrinnsrett.

Etter lovens forarbeider er hovedregelen altså at en oppdeling av en utlyst stilling vil utgjøre en vesentlig ulempe for arbeidsgiver. Tvisteløsningsnemnda har blant annet i sak 20/06 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 stilling, uavhengig av om det etter en konkret vurdering kan påvises en vesentlig ulempe for arbeidsgiver å bli sittende igjen med en lav stillingsbrøk. På bakgrunn av de relativt klare uttalelser i forarbeidene må hovedregelen være at deling av en utlyst stilling vil utgjøre en vesentlig ulempe for arbeidsgiver. I dette ligger at det i slike tilfeller må stilles relativt små krav til arbeidsgivers konkretisering av negative virkninger.

Nemndas flertall, medlemmene Enger, Skaug og Trulsen, har kommet til at arbeidsgiver ikke i tilstrekkelig grad har godtgjort at det i denne saken innebærer en vesentlig ulempe for virksomheten at man deler opp den utlyste stillingen slik nemndas flertall også gjorde blant annet i tidligere saker 27/07, 28/07, 47/07, 26/09, 52/09. Nemnda flertall bemerker at formålet med arbeidsmiljøloven § 14-3 er å sørge for at arbeidstakere som ønsker å arbeide full tid, i størst mulig utstrekning skal gis mulighet til dette. Selv om det vil være en ulempe for virksomheten å ikke kunne ha ønsket bemanning på tre personer minst tre ganger per uke, anses dette etter en konkret vurdering ikke som en vesentlig ulempe. Det legges til grunn at selv om As stilling utvides til full tid vil virksomhetens oppgitte krav til minimumsbemanning være dekket. Arbeidsgivers anførsel om at det er vanskelig å rekruttere kvalifisert medarbeider i en så vidt liten stilling fremstår som for generelle uten å vise til konkrete forsøk på rekruttering til en slik stilling. Virksomhetens anførsel om at det er lite hensiktsmessig å ha små stilling i forhold til fordeling av ansvarsområder og oppfølging av disse, er etter flertallets oppfatning ikke et forhold som medfører vesentlig ulempe for virksomheten sett

hen til stillingens arbeidsoppgaver, og ved at A i full stilling i så fall kunne hatt et større ansvar for disse oppgavene.

Nemndas mindretall, medlemmene Strøm og Schou, har komme til at det i denne saken innebærer vesentlig ulempe for virksomheten at man deler opp den utlyste stillingen slik nemnda også gjorde blant annet i tidligere saker 20/06, 23/06, 13/07, 27/08, 26/08, 11/09. Ved en oppdeling av stillingen vil virksomheten med de stillingshjemler den har til rådighet, ikke få dekket det anførte behovet for kvalifisert bemanning med tre ansatte minimum tre dager i uken. Det legges til grunn at det for øvrig vil være svært vanskelig å rekruttere en kvalifisert søker i en så vidt liten stilling. Det er ikke et alternativ for de øvrige ansatte i virksomheten å utvide sine stillinger da vedkommende som arbeider i redusert stilling av helsemessige årsaker har gått ned fra stilling på 100 til 50 prosent.

### **Konklusjon**

Ansettelse i stilling som butikkselger ved B var i strid med As fortrinnsrett etter arbeidsmiljøloven § 14-3.

Tvisteløsningsnemnda

Hilde Enger  
leder

Lillestrøm, 12. november 2009

### **Til orientering:**

Tvist 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.