



# Tvisteløsningsnemnda

---

Vedtaksdato  
12.04.2019

Vår referanse  
2018/49613

Saksbehandler  
Mahreen Shaffi

## **VEDTAK NR. 55/19 I TVISTELØSNINGSNEMNDA**

**Tvisteløsningsnemnda avholdt møte torsdag 28. mars 2019.**

Ved behandlingen av saken var tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

### **Faste medlemmer**

Steffen G. Rogstad, nestleder  
Vetle Wetlesen Rasmussen, YS  
Gry Brandshaug Dale, KS

### **Særskilt oppnevnte medlemmer**

Hege Torvbråten, KS  
Arne Løseth, Fagforbundet

### **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 hjemmehjelp i stilling på 20 prosent ved hjemmetjenesten i B kommune.

I september 2018 ble det utlyst fast stilling som hjemmehjelp i 100 prosent i hjemmetjenesten, og arbeidstaker søkte for å utvide sin stilling til 100 prosent.

Arbeidstaker ble innkalt til intervju 17. oktober 2018, men fikk skriftlig avslag 29. oktober 2018. En ekstern søker ble ansatt i stillingen.

Saken ble brakt inn for Tvisteløsningsnemnda ved brev mottatt 13. november 2018. Overfor nemnda har begge parter fått anledning til å komme med utfyllende merknader i saken.

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidstaker:

- brev mottatt 13. november 2018
- e-post av 11. desember 2018
- brev datert 15. januar 2019

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev datert 27. november 2018
- brev datert 25. januar 2019

### **Arbeidstakers anførsler**

A anfører i det vesentligste:

Arbeidstaker har fortrinnsrett til å få utvidet sin stilling til 100 prosent. Årsakene til hennes tidligere sykefravær har forbedret seg nå, og hun vil klare en 100 prosent stilling.

### **Arbeidsgivers anførsler**

B kommune anfører i det vesentligste:

Det er en vesentlig ulempe å tilby arbeidstaker utvidelse av hennes stilling til 100 prosent. Dette med bakgrunn i fravær i en tidligere midlertidig ansettelse og fravær i den faste stillingen. Det er vanskelig å skaffe vikarer i hjemmetjenesten, og det blir driftsmessige utfordringer når det er mye fravær. Tjenesten kommunen yter er til en sårbar gruppe som er avhengig av et tjenestetilbud. En annen vesentlig ulempe er at hun søker på deler av stillingen, slik at det blir en 20 prosent stilling ledig. Det er veldig vanskelig å rekruttere til en 20 prosent helgestilling.

### **Tvisteløsningsnemndas merknader**

Tvist mellom arbeidsgiver og arbeidstaker om fortrinnsrett for deltidsansatte kan bringes inn for Tvisteløsningsnemnda, jf. arbeidsmiljøloven § 17-2 (1) og § 14-3 (4). I henhold til forskrift om tvisteløsningsnemnd etter arbeidsmiljøloven § 2 settes nemnda med leder og to faste medlemmer. I tillegg er det oppnevnt ytterligere to medlemmer med særlig kunnskap om den bransjen som er berørt i saken (bransjemedlemmer).

Arbeidsmiljøloven § 14-3 (1) 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 (2). Ved vurderingen av om arbeidstaker er kvalifisert kan det, i henhold til lovens forarbeider, tas hensyn til både faglige og personlige forutsetninger.

Arbeidsgiver har anført at fortrinnsretten ikke er skriftlig påberopt av arbeidstaker. Nemnda finner ikke dette avgjørende ettersom det ikke foreligger noen formkrav for å gjøre fortrinnsrett gjeldende etter bestemmelsen. Aktivitetsplikt for arbeidstaker må anses oppfylt ved at arbeidstaker søker på den aktuelle stillingen, så fremt arbeidsgiver er kjent med eller gjøres oppmerksom på at vedkommende er fortrinnsberettiget.

I denne saken er det verken uenighet om at arbeidstaker har søkt på stillingen, eller at arbeidsgiver under saksbehandlingen ble gjort oppmerksom på hennes fortrinnsrett. Nemnda anser derfor at arbeidstakers aktivitetsplikt var oppfylt, og arbeidsgiver måtte således i ansettelsesprosessen vurdere hvorvidt arbeidstaker var fortrinnsberettiget. Slik saken er fremlagt for nemnda fremkommer det at arbeidstaker ønsker en utvidelse av sin faste stilling.

Nemnda vil innledningsvis vise til at Høyesterett i dom av 25. april 2016 (HR-2016-00867-A), slo fast at arbeidsmiljølovens daværende § 14-3 ikke åpnet for at deltidsansatte kan gjøre krav på å tre inn i en del av en utlyst stilling. Deltidsansatt som gjorde fortrinnsrett gjeldende etter arbeidsmiljølovens daværende § 14-3 måtte dermed akseptere hele den utlyste stillingen.

Etter endring av arbeidsmiljøloven § 14-3 fra og med 1. januar 2019 er det likevel fastsatt at fortrinnsretten også kan gjelde del av stilling. Departementet har i forarbeidene følgende merknader til endringene av bestemmelsen:

*«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»*

Arbeidsgivers avslag ble gitt før lovendringen med virkning fra 1. januar 2019. Nemnda legger derfor til grunn at tvisten må løses etter den tidligere praksis som er fastsatt av Høyesteretts dom av 25. april 2016.

Nemnda vil bemerke at saksforholdet i denne saken skiller fra saksforholdet i den forannevnte høyesterettsdommen. Det legges til grunn at arbeidstaker i den aktuelle saken har fremmet krav om hele den utlyste stillingen på 100 prosent, og at hun i så fall vil si opp sin nåværende stilling på 20 prosent. Arbeidsgiver vil dermed sitte med de samme to stillingene som tidligere, og det skapes ikke flere undersysselsatte enn før. Nemnda mener at det i et slikt tilfelle – i utgangspunktet – vil være grunnlag for å utøve fortrinnsrett, jf. nemndas vedtak 105/16, 202/16 og 52/17.

Det avgjørende for flertallet blir etter dette om arbeidstaker er kvalifisert for stillingen og at utøvelse av fortrinnsretten ikke vil medføre vesentlig ulempe for virksomheten, jf. § 14-3 (2).

Nemndas flertall, medlemmene Rogstad, Rasmussen og Løseth, kan ikke se at arbeidstakers sykefravær innebærer at hun ikke skal ansees kvalifisert til den aktuelle stillingen og viser til de samme hensyn som flertallet har lagt til grunn i flertallets ulempevurdering.

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.

Arbeidsgiver har anført at arbeidstaker har hatt et høyt sykefravær i tidligere midlertidig ansettelse og i den faste stillingen, og det dermed vil medføre vesentlig ulempe å utvide hennes stilling til 100 prosent.

Nemnda har i sin vurdering delt seg i et flertall og et mindretall.

Nemndas flertall, medlemmene Rogstad, Rasmussen og Løseth, kan ikke se at arbeidstakers sykefravær utgjør en vesentlig ulempe. Lovens klare utgangspunkt er at det er arbeidsgiver som må godtgjøre en vesentlig ulempe, og ikke arbeidstaker som må godtgjøre at utøvelse av fortrinnsretten ikke vil medføre problemer for arbeidstaker. Nemndas flertall kan ikke se av sakens dokumenter at det er godtgjort at A for fremtiden vil ha et omfattende sykefravær, og at hennes helse derfor vil utgjøre en vesentlig ulempe. Det legges vekt på at arbeidstaker opplyser at hennes helsetilstand og personlige årsaker er blitt forbedret enn tidligere. Nemnda har dermed ikke grunnlag for å konkludere med at As helsetilstand vil medføre at hun ikke vil kunne fungere i full stilling.

Nemndas mindretall, medlemmene Dale og Torvbråten, har kommet til at arbeidstaker ikke er kvalifisert til å få utvidet sin stilling til 100 % stilling på grunn av sin helse. Ved vurderingen av om arbeidstaker er kvalifisert til å få utvidet sin stilling skal det etter lovens forarbeider også ses hen til arbeidstakerens personlige forutsetninger. Arbeidsgiver har redegjort for at A har hatt et betydelig sykefravær både i den tidligere midlertidige stillingen og i den faste stillingen hun nå krever utvidet. Videre har hun som tilkallingsvikar hatt flere egenmeldinger. I vurderingen har mindretallet sett hen til at høyt sykefravær medfører manglende stabilitet og kontinuitet overfor en sårbar brukergruppe, og at arbeidsgiver også var sterkt i tvil om hun var kvalifisert på grunn av sitt fravær i den midlertidige stillingen til å bli ansatt i 20 % stilling.

**Konklusjon**

Ansettelsen av en annen søker i den omstridte stillingen var i strid med As fortrinnsrett etter arbeidsmiljøloven § 14-3.

Tvisteløsningsnemnda

Steffen G. Rogstad  
nestleder

12.04.2019

**Til orientering:**

Tvister som nevnt i §§ 10-13, 12-14, 14-3 og 14-4a kan bringes inn for domstolene etter at tvisteløsningsnemndas avgjørelse foreligger, jf. arbeidsmiljøloven § 17-2 (2). 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 fra det tidspunktet parten ble underrettet om nemndas avgjørelse, jf. arbeidsmiljøloven § 17-2 (3).