

## **VEDTAK NR 07/10 I TVISTELØSNINGSNEMNDA**

**Tvisteløsningsnemnda avholdt møte onsdag 20. januar 2010 i Departementsbygning R5, Akersgata 59, Oslo**

Ved behandlingen av saken var tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

### **Faste medlemmer**

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

### **Særskilt oppnevnte medlemmer**

Karin Ask-Henriksen, Vestre Viken HF  
Tore Dahlstrøm, NSF

### **Saken gjelder**

Tvist om fortrinnsrett for deltidsansatte etter arbeidsmiljøloven § 14-3

### **Arbeidstaker**

A

### **Arbeidsgiver**

B

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

### **Saksforhold**

A arbeider som jordmor ved føde-/barselavdelingen ved B (B). A har arbeidet ved B siden 2006 og har siden februar 2009 arbeidet i fast stilling på 80 prosent.

Føde-/barselavdelingen ved B, X har 33,75 faste årsverk for jordmødre i grunnturnus. Stillingene er fordelt på til sammen 40 faste ansatte, 17 i stillinger på 100 prosent, 10 i stillinger på 80 prosent, herunder to ansatte med 20 prosent vikariat i tillegg, 9 i stillinger på 75 prosent, og 4 stillinger på 50 prosent hvorav 3 er nattevaktstillinger. Jordmødrene har tredelt turnus og jobber fire av elleve helger derav en nattevaktshelg uansett stillingsstørrelse. Avdelingen praktiserer ønsketurnus der avdelingen ut fra bemanningsbehovet til enhver tid forsøker å innfri de enkeltes vaktønsker.

Med søknadsfrist 1. august 2009 utlyste B sommeren 2009 eksternt og internt to faste stillinger på 80 prosent, tre vikariater på 80 prosent, ett vikariat på 75 prosent og ett vikariat på 100 prosent for jordmor ved føde- barsel og pasienthotell.

Ved søknad av 28. juli 2009 søkte A om fast stilling på 100 prosent. Det fremgår av søknaden at hun har en fast stilling på 80 prosent hvorav 50 prosent stilling er på natt. Hun ønsker å fortsette i denne dersom gjeldende avtaler videreføres.

A har ikke mottatt skriftlig avslag på søknad om utvidet fast stilling til 100 prosent, men ble i tillegg til sin faste stilling tilbudt et vikariat i stilling på 20 prosent den 8. september 2009.

De to utlyste faste stillingene på 80 prosent ble besatt av faste ansatte som begge hadde stillinger på 75 prosent. De to faste stillingene på 75 prosent som derved ble frigjort, ble besatt av vikarer ved avdelingen.

Saken ble brakt inn for tvisteløsningsnemnda ved Norsk Sykepleierforbunds brev av 28. september 2009. Overfor nemnda har begge parter fått anledning til å komme med utfyllende merknader i saken.

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra Norsk Sykepleierforbund (NSF):

- brev av 28. september 2009
- e-post av 26. oktober 2009
- brev av 30. oktober 2009
- e-post av 1. desember 2009
- brev mottatt 13. januar 2010

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra B (B):

- brev av 9. november 2009
- e-post av 16. desember 2009
- e-post av 4. januar 2010

### **Arbeidstakers anførsler**

På vegne av arbeidstaker anfører NSF i det vesentligste:

A har fortrinnsrett til fast stilling på 100 prosent, og ansettelsen som er foretatt er i strid med fortrinnsretten. De to utlyste faste stillingene på 80 prosent ble tildelt faste deltidsansatte som opprinnelig hadde stillinger på 75 prosent. De to faste stillingene på 75 prosent som dermed ble frigitt er blitt fordelt til søkere uten fortrinnsrett.

Det kan se ut til at arbeidsgiver baserer seg på en varig situasjon hvor deltidsansettelser blir benyttet. Dette er i strid med intensjonen bak bestemmelsen om fortrinnsrett etter arbeidsmiljøloven § 14-3.

Selv om arbeidstaker primært ønsker å arbeide ved føde-/barselavdelingen, gjør behovet for fast stilling på 100 prosent at arbeidstaker er villig til å arbeide ved andre avdelinger i stilling på 20 prosent. Forutsetningen for en slik ordning er at arbeidet blir regulert i en turnusavtale som ikke innebærer økt helgebelastning.

De utlyste stillingene er allerede oppdelt, og det ville ikke innebære en vesentlig ulempe for virksomheten å dele opp de utlyste stillingene for å sikre arbeidstakers fortrinnsrett. Ved å gi de fast ansatte som har fremmet krav om fortrinnsrett fast stilling på 100 prosent, ville avdelingen ha en resterende fast stillingsandel på over 100 prosent til fordeling. Arbeidsgiver kan ikke høres med sin anførsel om at det ved en slik oppdeling av stillinger blir vanskelig å få turnusen til å gå opp. Avdelingens arbeidsplan har i flere perioder ikke blitt godkjent av de tillitsvalgte på grunn av mangel på kompetent arbeidskraft og lav grunnbemanning. Avdelingen har mange vikarer. Arbeidstaker mener at tilgjengelig personell vil være det samme uavhengig av om arbeidstaker gis fortrinnsrett eller ikke. Konsekvensen av at fortrinnsrett gjøres gjeldende er at vikarer får en mindre fast stilling og en tilsvarende høyere stillingsandel som vikar.

### **Arbeidsgivers anførsler**

B anfører i det vesentligste:

Kravet om fortrinnsrett til stilling på 100 prosent var ikke forenlig med de utlyste faste stillingene som var på 80 prosent. De to stillingene er tildelt to faste ansatte som begge hadde stilling på 75 prosent fra før og som også hadde fortrinnsrett.

Arbeidsgiver mener under enhver omstendighet at arbeidstaker i dette tilfellet ikke kan gjøre fortrinnsrett gjeldende uten vesentlig ulempe for virksomheten. Fortrinnsrett vil innebære en oppdeling av stillingene som gjør at arbeidsgiver bli sittende igjen med en eller to reststillinger, og det vil gi færre personer å fordele vaktene på. Dette ville medført en merbelastning for de øvrige ansatte som i dag arbeider såkalte "hinkehelger" for å unngå arbeid hver annen helg. En reduksjon av antall stillinger ville i tillegg medført økt vaktbelastning på natt og at seniortiltak og avtaler om inkluderende arbeidsliv ikke kunne etterleves.

Arbeidsgiver vil for øvrig bemerke at det til enhver tid utvises fleksibilitet for å tilpasse den enkelte ansattes behov for endringer av stillingsandel. Det vises blant annet til at arbeidstaker er tilbudt å øke sin stilling til 100 prosent, dog med et vikariat på 20 prosent. Påstanden fra arbeidstaker om at mange ansatte arbeider uønsket deltid tilbakevises. Senest sommeren 2008 ble utlyst fire faste stillinger på 100 prosent som ble besatt av interne søkere. Ut fra dagens rasjonaliseringer og omstillinger er det urealistisk at antall stillinger kan økes.

### **Tvisteløsningsnemndas 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 arbeidstaker i henhold til fremsatt søknad anses avslått av arbeidsgiver i brev av 8. september 2009 da arbeidstaker ble tilbudt et vikariat. NSF, på vegne av arbeidstaker brakte tvisten inn for tvisteløsningsnemnda i brev av 28. september 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. Det er ingen uenighet mellom partene om at arbeidstaker er kvalifisert for stillingene.

Arbeidstaker fremmet krav om fortrinnsrett til to faste stillinger på 80 prosent. I utgangspunktet ønsket hun en andel av disse (stilling på 20 %) som ville gitt henne full stilling. Nemnda registrerer imidlertid at arbeidsgiver i disse stillingene ansatte to andre faste deltidsansatte med opprinnelige stillinger på 75 prosent. Også de to som ble ansatt hadde derfor fortrinnsrett etter § 14-3. Bestemmelsen gir ikke noen veiledning om hvordan man skal prioritere mellom flere fortrinnsberettigede. Det må i utgangspunktet tilfalle arbeidsgiver å foreta den prioriteringen. Slik saken er opplyst foreligger det etter nemndas oppfatning ikke grunnlag for å overprøve arbeidsgivers vurdering av valget mellom flere fortrinnsberettigede.

Ved ansettelsen i de to stillingene på 80 prosent ble det frigjort to stillinger på 75 prosent. Arbeidstakers krav på fortrinnsrett (på andel av utlyst stilling) må forstås slik at det også omfatter stillinger som frigjøres ved at andre fortrinnsberettigede ansettes i de utlyste stillingene – dersom det foretas ny ansettelse i lovens forstand i de frigjorte stillingene. Nemnda registrerer at to tidligere vikarer ble ansatt i de frigjorte stillingene og at dette skjedde i samme ansettelsesrunde som de utlyste stillingene på 80 prosent. Dette må etter nemndas oppfatning regnes som en ny ansettelse etter § 14-3, og arbeidstaker må anses å ha gjort krav på fortrinnsrett til en stillingsandel på 20 prosent slik at hun til sammen får full stilling. Det avgjørende for nemnda blir derfor om utøvelse av fortrinnsrett til en andel av de frigjorte stillingene vil innebære en vesentlig ulempe for virksomheten eller ikke.

Nemndas flertall, medlemmene Harborg, Steen og Dahlstrøm, finner at arbeidsgiver ikke har dokumentert en vesentlig ulempe. 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. I henhold til forarbeidene vil forbeholdet om vesentlig ulempe blant annet innebære 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. Når forarbeidene uttaler at deling av en stilling som hovedregel vil medføre vesentlig ulempe, skyldes dette i hovedsak at det som regel vil være uhensiktsmessig for arbeidsgiver å bli sittende med en mindre reststilling. Dette understrekes av uttalelsene i forarbeidene om at dersom den utlyste stillingen kan kombineres med den stillingsandel den fortrinnsberettigede har, må utgangspunktet være at denne kan utøve fortrinnsrett. Da vil arbeidsgiver nettopp ikke bli sittende med en liten restandel. Flertallet er av den oppfatning at tilsvarende betraktninger må tilsi at flere søkere sammen må kunne gjøre krav på hver sin andel av en utlyst deltidsstilling når de til sammen overtar hele, og den enkeltes andel kan kombineres med dennes stilling. Ved denne utlysningen gjorde seks deltidsansatte jordmødre krav på full stilling, og arbeidsgiver kunne derfor fordelt en eller begge av de frigjorte stillingene uten å bli sittende med en mindre reststilling. Flertallet finner derfor at oppdeling av utlyste stillinger ikke kan utgjøre en vesentlig ulempe i denne saken.

Arbeidsgiver har imidlertid også anført at det vil være en vesentlig ulempe å fordele stillingene på flere fast ansatte idet arbeidsgiver da vil få færre stillinger og følgelig færre hoder å fordele helgevakter på. Derved vil det være vanskeligere å få turnusen til å gå opp og til å sikre adekvat bemanning til enhver tid. Flertallet er enig i at det vil være en ulempe for arbeidsgiver, men spørsmålet er om den er vesentlig i lovens forstand. Det er ingen tvil om at arbeidsgiver har en viss støtte i forarbeidene til bestemmelsen for at slike ulemper kan være vesentlige i lovens forstand, se Ot. prp. nr 49 for 2004-2005 side 227:

*”Det kan imidlertid være nødvendig for virksomheten å ansette flere personer, for eksempel for å få tilstrekkelig antall arbeidstakere til å dekke opp helgearbeidet 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 arbeidstider (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”.*

Uttalelsene i forarbeidene bør etter flertallets oppfatning likevel ikke strekkes for langt. Formålet med arbeidsmiljøloven § 14-3 er å sørge for at arbeidstakere som ønsker å arbeide full tid, i størst mulig utstrekning skal gis mulighet for dette. Som det også følger av forarbeidene, kan ufrivillig deltid for den enkelte arbeidstaker medføre negative konsekvenser både økonomisk og sosialt. Det er også Stortingets klare forutsetning at unntakene fra fortrinnsretten skal praktiseres med forsiktighet, se Innst. O. nr. 100 (2004-2005) hvor komitéflertallet uttaler følgende:

*”Det vises til at departementet i svar til komiteen presiserer at arbeidsgiver bare unntaksvis skal ha rett til å vise til at fortrinnsretten er til vesentlig ulempe.”*

Flertallet vil derfor være tilbakeholdent med å akseptere at arbeidsgiver kan benytte vilkåret om vesentlig ulempe til å legitimere en varig bemanningsplan der en stor andel av de ansatte må ha lavere stillingsandeler for å få turnusen til å gå opp. Arbeidsgiver har opplyst at det ved føde-/barselavdelingen er 40 stillinger, hvorav kun 17 er fulle. Når arbeidsgiver påberoper seg en vesentlig ulempe i denne saken, innebærer det altså at arbeidsgiver som varig løsning belager seg på en situasjon der godt over halvparten av de ansatte – i strid med lovens forutsetning – må finne seg i lavere stillingsandel. Flertallet kan ikke se at det kan være i overensstemmelse med loven. Ettersom det ikke er påberopt andre konkrete forhold som kan utgjøre en vesentlig ulempe, konkluderer derfor flertallet med at det ikke foreligger en

vesentlig ulempe i denne saken. Det er i vurderingen lagt en viss vekt på virksomhetens muligheter for tilpasninger ved at avdelingen har utlyst til sammen syv ledige faste stillinger og vikariater, og at avdelingen har vikarer som ønsker en større stillingsandel.

Arbeidstaker kan etter dette gjøre fortrinnsrett gjeldende etter § 14-3. Flertallet presiserer at det ikke tar stilling til forholdet mellom arbeidstaker og andre fortrinnsberettigede til stillingene.

Nemndas mindretall, medlemmene Strøm og Ask-Henriksen, finner at utøvelse av fortrinnsrett vil medføre en vesentlig ulempe for arbeidsgiver. I henhold til lovens forarbeider innebærer forbeholdet om vesentlig ulempe blant annet 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 nr. 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 stillingen, uavhengig av om det etter en konkret vurdering kan påvises en vesentlig ulempe for arbeidsgiver å bli sittende igjen med en lav stillingsbrøk. Mindretallet mener at virkningen for arbeidsgiver alltid må vurderes konkret, men understreker at på bakgrunn av de klare uttalelsene i forarbeidene må hovedregelen være at en 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.

Mindretallet legger til grunn at utøvelse av fortrinnsrett i dette tilfellet vil medføre en oppdeling av stillingene og at arbeidsgiver derfor vil bli sittende med en eller flere mindre deltidsstillinger. Dette gjelder også om den andre av søkerne som har brakt sak inn for nemnda (sak **09/19051**, **vedtak 06/10**) skulle få medhold. Det er derfor i denne saken ikke rom for den type betraktninger nemnda gjorde i for eksempel sak 47/07 og 42/09 om at flere fortrinnsberettigede kan gå sammen og gjøre krav på hele den utlyste stilling. Mindretallet legger til grunn at en oppdeling av stillingene ville ha medført at arbeidsgiver ikke har tilstrekkelig antall ansatte for å dekke behovet for bemanning. Det legges vekt på at de ansatte i avdelingen allerede har relativt høy helgevaktbelastning med såkalte "hinkehelger" for å unngå arbeid hver annen helg. Det legges videre til grunn at en slik oppdeling av stillingene ville medført økt vaktbelastning på natt og at seniortiltak og avtaler om inkluderende arbeidsliv ikke kunne imøtekommes. Videre er det lagt vekt på at arbeidsgiver har imøtekommet arbeidstakers ønske om å jobbe fulltid ved å tilby et vikariat.

Mindretallet finner etter dette at deling av stillingene vil medføre en vesentlig ulempe for virksomheten.

**Konklusjon**

Arbeidstaker gis medhold i sitt krav om fortrinnsrett etter § 14-3.

Tvisteløsningsnemnda

Henning Harborg  
leder

Lillestrøm, 26.01.2010

**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.