

## **VEDTAK NR 17/09 I TVISTELØSNINGSNEMNDA**

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

Ved behandlingen av saken var tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

**Faste medlemmer**

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

**Særskilt oppnevnte medlemmer**

Øyvind Gjelstad, KS  
Inger Åfoss, 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 hjelpepleier i stilling på 50 prosent ved X i B kommune.

I september 2008 ble det foretatt ekstern utlysning av tre faste stillinger i 50 prosent som hjelpepleier/omsorgsarbeider ved X. A søkte på de tre stillingene ved elektroniske søknader den 9. oktober 2008. Det fremgår av søknadene at A ønsker å utvide sin stillingsandel til 80 prosent.

I to brev datert 10. desember 2008 ble A orientert om at søknadene var blitt behandlet i tilsetningsutvalget den 13. november 2009 og at de som fikk tilbud om stillingene hadde takket ja. Den første stillingen på 50 prosent ble tilbudt C, fast ansatt i B kommune i stilling på 98 prosent, fordelt på 87 prosent renhold og 11 prosent pleie/omsorg, mot at hun sa opp renholdsstillingen. Den andre stillingen ble tilbudt D, som ville ha innfridd rett til fast tilsetning etter arbeidsmiljøloven § 14-9 femte ledd i november 2008, en måned etter tilsettingen. Den tredje stillingen ble tilbudt E, som har vært vikar i pleie og omsorg siden 1996 og som ble vurdert å innfri regelen i arbeidsmiljøloven § 14-9 femte ledd på tilsetningstidspunktet.

Ved X er det 52 fast ansatte innen pleie utenom nattevaktene. Av disse har 10 av de ansatte stillinger på 100 prosent, 15 av de ansatte har stillinger på 75 prosent, 22 av de ansatte stillinger på 50 prosent i tillegg til to stillinger i 56,7 prosent, to stillinger i 67,7 prosent, to stillinger i 80 prosent og to stillinger i 93 prosent.

Saken ble brakt inn for tvisteløsningsnemnda ved brev av 22. desember 2008 fra A.

Overfor tvisteløsningsnemnda har begge parter fått anledning til å komme med utfyllende merknader. Det vises i den forbindelse til brev av 28. januar 2008 fra A. Videre vises det til brev av 20. januar 2009 og av 24. februar 2009 fra B kommune.

### **Arbeidstakers anførsler**

A mener at fortrinnsretten for deltidsansatte skulle vært lagt vekt på ved tilsettingene og at langvarige midlertidige tilsetningsforhold må behandles som egne saker. Hun anfører i det vesentligste:

A ønsker fast ansettelse med en stillingsstørrelse som er til å leve av, etter mange år i midlertidige og små stillinger. Hun opplyser at hun etter å ha vært midlertidig ansatt i seks år, ble fast ansatt i stilling på 27 prosent. Den gjennomsnittlige arbeidsmengden har imidlertid utgjort 75 prosent stilling og står således ikke i samsvar med stillingsandelen hun har fått fast ansettelse i. Hun anfører at det ser ut til at arbeidsgiver har et stort og varig behov for flere ansatte, men vegrer seg sterkt mot å knytte disse opp i større faste stillinger.

A anfører at arbeidsmiljøloven § 14-9 femte ledd, om oppsigelsesvern for midlertidig ansatte etter fire år, ikke er ment brukt ved utlyste stillinger. Dette fordi det automatisk vil føre til at nye personer må overta de midlertidige stillingene på grunn av at behovet er av en mer permanent art. Man ville dermed få en kontinuerlig sirkulasjon av personer gjennom midlertidig ansettelse, med den konsekvens at deltidsansatte forhindres fra å benytte sin

fortrinnsrett til utvidet stilling. Disse midlertidige stillingene må antageligvis regnes som ulovlige. Det kan umulig være lovgivers mening at alle skal måtte gå sine 4 år i midlertidige stillinger før fast ansettelse, og at arbeidsgiver deretter setter inn nye personer i de midlertidige stillingene.

Det er ikke synliggjort hvilke vesentlige ulemper det medfører for virksomheten å innfri hennes søknad, utenom at det strider mot interne retningslinjer. B kommune har vedtatt at minste utlyste stilling skal være 50 prosent og at alle ansatte i fast stilling og med fagutdanning er løftet opp i stilling på 50 prosent. Arbeidsgiver har imidlertid ikke iverksatt tiltak, som for eksempel omlegging av turnus, for å gjøre det mulig for deltidsansatte innen pleieavdelingen å øke sin stillingsandel. Fortrinnsrett for deltidsansatte blir umuliggjort ettersom det alltid vil være helgearbeid forbundet med utlyste stillinger.

Det anføres at arbeidsgiver systematisk har tilsidesatt bestemmelsen om fortrinnsrett etter arbeidsmiljølovens § 14-3. I og med at det her er utlyst tre stillinger på samme arbeidssted med de samme kvalifikasjonskravene, må arbeidsgiver kunne disponere reststillingen ved at denne ble tillagt de øvrige stillingene, slik at høyere stillingsandel kunne oppnås for alle. Arbeidsgiver har flere ansatte innenfor samme arbeidssted og kompetansegruppe i stillinger opp mot 100 prosent. Dette viser at det er mulig med større stillinger på arbeidsplassen dersom arbeidet organiseres på annen måte. Etter A syn må også fordeler og ulemper for arbeidsmiljø og sykefravær tas med i vurderingen av hvorvidt det foreligger vesentlig ulempe for arbeidsgiver om fortrinnsretten gjøres gjeldende.

### **Arbeidsgivers anførsler**

B kommune anfører i det vesentligste:

Kommunen har arbeidet aktivt for å få høyere stillingsprosent, særlig innen pleie og omsorg. Dette resulterte i et vedtak i kommunestyret den 23. september 2008 der det fremgår som utgangspunkt at det ikke blir opprettet/lyst ut faste stillinger under 50 prosent. Det er også satt som mål at kommunen skal redusere det totale gapet mellom faktisk og ønsket stillingsandel med minimum 10 prosent hvert år i perioden 2009-2012. Det er videre fastsatt at stillinger på 75 til 100 prosent ikke skal deles opp. Første skritt var at alle med små stillinger fikk tilbud om oppjustering til 50 prosent stilling. Det er inngått en lokal avtale med tillitsvalgtapparatet om helgearbeid hver tredje helg, selv om det fortsatt er stillinger med arbeid hver annen helg. I forbindelse med at X skal utvide med antall pasienter jobbes det med å endre turnus, noe som kanskje kan innebære at fast ansatte kan øke sin stillingsandel i stedet for å rekruttere nye arbeidstakere.

Ved å dele de utlyste stillingene blir arbeidsgiver sittende igjen med en stilling som er mindre enn 50 prosent. Den resterende stillingen på 20 prosent medfører helgearbeid og gjør at den ikke kan tilbys andre.

### **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 av B kommune i brev av 10. desember 2008. A brakte tvisten inn for tvisteløsningsnemnda i brev av 22. desember 2008. Saken anses dermed som rettidig innbrakt.

Nemnda finner enstemmig at utøvelse av fortrinnsrett i denne saken vil innebære vesentlig ulempe for virksomheten. Nemnda trenger derfor ikke ta stilling til hvorvidt grunnvilkåret om ny ansettelse er oppfylt. Det er ingen uenighet mellom partene om at A er kvalifisert for stillingene.

Hva som ligger i begrepet vesentlig ulempe er ikke nærmere definert i loven. Det fremgår av lovens forarbeider, Ot prp nr 49 (2004-2005) kapittel 17.2.6 side 227, 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 som hovedregel ikke kan velge å søke en andel eller brøk av den utlyste stillingen, men må akseptere hele den utlyste stillingen. Nemnda har i sin praksis flere ganger lagt til grunn at dette er hovedregelen, men at virkningen for arbeidsgiver må vurderes konkret og at det ikke kan utelukkes at man kan gjøre fortrinnsrett gjeldende til en del av en utlyst stilling. Nemnda har lagt til grunn at de klare uttalelsene i forarbeidene likevel må medføre at det må stilles relativt små krav til arbeidsgivers konkretisering av negative virkninger for at det skal foreligge en vesentlig ulempe.

Ved å dele de utlyste ledige stillingene vil kommunen sitte igjen med en reststilling på 20 prosent som innebærer helgearbeid. Nemnda legger til grunn at det i dette tilfellet vil være problematisk for arbeidsgiver å få besatt reststillingen på grunn av høy vaktbelastning, og at deling av den utlyste stillingen derfor vil utgjøre en vesentlig ulempe for virksomheten. Det er også lagt vekt på at dette vil kunne få konsekvenser for arbeidsbyrden til de øvrige arbeidstakerne.

### **Konklusjon**

Arbeidstaker gis ikke medhold.

Tvisteløsningsnemnda

Henning Harborg  
leder

Lillestrøm, 24. april 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.