

## **VEDTAK NR 37/15 I TVISTELØSNINGSNEMNDA**

**Tvisteløsningsnemnda avholdt møte onsdag 6. mai 2015.**

Ved behandlingen av saken var tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

### **Faste medlemmer**

Anne Marie Due (vara for Henning Harborg), leder  
Lornts Natrud Nagelhus (vara for Silje Hassellund Solberg), LO  
Silje S. Almestrand (vara for Elisabeth Lea Strøm), NHO

### **Særskilt oppnevnte medlemmer**

Cecilie R. Sæther, KS  
Ingrid T. Enoksen, NSF

### **Saken gjelder**

Tvist om fortrinnsrett for deltidsansatte etter arbeidsmiljøloven § 14-3

### **Arbeidstaker**

A

### **Arbeidsgiver**

B

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

### **Saksforhold**

A er fast ansatt som sykepleier på natt i stilling på 59,15 prosent ved X, B. Stillingen innebærer arbeid hver tredje helg.

Ultimo oktober 2014 utlyste kommunen to ledige nattsykepleierstillinger på 59,15 prosent ved samme avdeling. A søkte på deler av stillingene, for slik å få økt sin faste stilling til 100 prosent.

I brev datert 8. desember 2014 fra kommunen ble A informert om at stillingene var besatt av andre søkere. Det er overfor nemnda opplyst at den ene stillingen er besatt ved en intern omplassering, og at det i den andre stillingen er ansatt en ekstern søker.

Arbeidsgiver har i ettertid tilbudt A økt stillingsprosent i form av 15 prosent fast kveldsstilling i tillegg til hennes eksisterende nattevaktstilling, alternativ en 100 prosent stilling på dag/kveld. A har takket nei til dette.

Saken ble brakt inn for tvisteløsningsnemnda ved brev datert 2. januar 2015. Overfor nemnda har begge parter fått anledning til å komme med utfyllende merknader i saken.

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidstaker:

- brev av 2. januar 2015
- brev av 3. februar 2015
- brev av 26. mars 2015

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev av 5. februar 2015
- brev av 29. april 2015
- e-post av 30. april 2015

### **Arbeidstakers anførsler**

A anfører i det vesentligste:

Hun har fortrinnsrett til den utlyste stillingen. Hun var opprinnelig lovet en stilling på 75 prosent, men det muntlige tilbudet ble trukket tilbake av arbeidsgiver. Hun har takket nei til arbeidsgivers alternative tilbud, da det ikke er slik stillingsøkning hun har krevd fortrinnsrett til.

### **Arbeidsgivers anførsler**

B anfører i det vesentligste:

Sykehjemmet ønsker ikke å ha nattstillinger som er større en 59,15 prosent, da dette erfaringsmessig fører til økte helseplager og sykefravær for de ansatte, noe som igjen går ut over driften.

Utøvelse av fortrinnsrett til deler av stillingen på 59,15 prosent vil kunne føre til økt belastning på de andre i natt-teamet ved at de må gå flere helgevakter, eventuelt en reststilling som vil være så liten og med så høy helgebelastning at den vil være vanskelig å få besatt.

Arbeidsgiver har gitt A tilbud om 100 prosent stilling på dag/kveld, alternativt 15 prosent økt stilling med kveldsvakter i tillegg til hennes eksisterende nattevaktstilling på 59,15 prosent. A har takket nei til begge tilbudene.

### **Tvistløsningsnemndas merknader**

Tvist mellom arbeidsgiver og arbeidstaker om fortrinnsrett for deltidsansatte kan bringes inn for tvisteløsningsnemnda, jf. arbeidsmiljøloven § 17-2 (1) og § 14-3 (4).

Arbeidsmiljøloven § 14-3 (1) fastsetter at deltidsansatte har fortrinnsrett til utvidet stilling fremfor at arbeidsgiver foretar ny ansettelse i virksomheten.

Arbeidstaker har i denne saken gjort krav om fortrinnsrett i forbindelse med ansettelse i to stillinger på 59,15 prosent. Det er fra arbeidsgiver opplyst at den ene stillingen nå er besatt av en arbeidstaker som av tilretteleggingshensyn ble omplassert fra en fast stilling på 80 prosent i kommunen til stillingen på 59,15 prosent.

Slik saken er opplyst, kan ikke nemnda se at det i den stillingen er foretatt en ny ansettelse som kan utløse fortrinnsrett. Nemnda kan ikke se at det har vært lovgivers intensjon at fortrinnsretten etter § 14-3 skal kunne fortrenge omplassering av arbeidstakeres behov for tilrettelegging. Nemnda finner etter dette at omplasseringen må anses som en intern forflytning og ikke som en ny ansettelse i lovens forstand. Det vises i denne forbindelse til nemndas praksis, herunder vedtak 39/11 og 42/14.

Nemnda vil derfor i det følgende kun ta stilling til As eventuelle fortrinnsrett til den av stillingene som ble besatt av en ekstern søker.

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.

Det presiseres i forarbeidene til bestemmelsen (Innst. O. nr. 100 for 2004-2005 pkt. 17.2) at fortrinnsretten til utvidelse etter § 14-3 gjelder stillinger med om lag de samme arbeidsoppgaver som den deltidsansatte allerede utfører. Dette er også lagt til grunn i nemndas praksis. Det er mellom partene uomstridt at A er kvalifisert for de utlyste stillingene, og at arbeidsoppgavene i de omstridte stillingene er om lag de samme som er tillagt hennes eksisterende stilling. Nemnda legger også dette til grunn.

Arbeidstaker ønsker stillingsutvidelse ved å kombinere sin eksisterende nattstilling på 59,15 prosent med deler av den utlyste nattstillingen. Arbeidsgiver har på sin side tilbudt henne utvidelse til enten 100 prosent stilling dersom hun går over til en dag-/kveldstilling, eller utvidelse til 74,1 prosent stilling ved at hun går inn i en 15 prosent kveldstilling som tillegg til hennes eksisterende nattstilling.

Arbeidsgiver anfører at det vil medføre en vesentlig ulempe dersom A skal kombinere sin eksisterende nattstilling med deler av den utlyste nattstillingen. A har takket nei til arbeidsgivers tilbud.

Det avgjørende for nemnda blir etter dette om utøvelse av fortrinnsretten vil medføre vesentlig ulempe for virksomheten, jf. § 14-3 (2). 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 kan 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 stillingen. Tvisteløsningsnemnda har i en rekke tidligere saker likevel uttalt at forarbeidene ikke kan forstås slik at fortrinnsrett skal være avskåret i alle tilfeller hvor 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 ved å bli sittende igjen med en lav stillingsbrøk.

Virkingen av den ulempen arbeidsgiver blir påført ved å bli sittende med en lav stillingsbrøk, må vurderes konkret, og det kan således åpnes for unntak fra hovedregelen. På bakgrunn av forarbeidene må utgangspunktet likevel være at deling av en utlyst stilling vil utgjøre en vesentlig ulempe for arbeidsgiver, og at det følgelig ikke stilles strenge krav til arbeidsgivers konkretisering av negative virkninger.

Nemnda kan ikke se at det er gjennomført individuelle drøftinger med arbeidstaker etter § 14-3 (3). Nemnda bemerker at brudd på drøftingsplikten er uheldig, da man på denne måten blant annet kunne avklart hvorvidt partene i fellesskap kunne redusert de eventuelle ulempene ved utøvelse av fortrinnsretten.

Nemndas flertall, medlemmene Due, Almestrand og Sæther, har etter en konkret vurdering kommet til at en utøvelse av fortrinnsretten i tråd med As krav vil medføre en vesentlig ulempe for virksomheten, og at hun derfor ikke gis medhold.

I dette tilfellet finner ikke nemndas flertall grunnlag for å fravike den nevnte hovedregelen om at deltidsansatte som gjør fortrinnsrett gjeldende må akseptere hele den utlyste stillingen, og at det følgelig ikke stilles like strenge krav til arbeidsgivers konkretisering av negative virkninger. Det er i flertallets vurdering lagt vekt på arbeidsgivers anførsel om at utøvelse av fortrinnsrett til deler av stillingen enten vil føre til økt helgebelastning på de andre sykepleierne på teamet, eventuelt at man blir sittende igjen med en liten stillingsbrøk med høy helgebelastning. Flertallet bemerker at det er positivt at arbeidsgiver har forsøkt å imøtekomme arbeidstaker ved å tilby A enten 100 prosent stilling på dag-/kveld, eller en utvidelse i form av 15 prosent kveldsstilling som tillegg til hennes eksisterende nattstilling.

Nemndas mindretall, medlemmene Nagelhus og Enoksen, er kommet til samme resultat som flertallet, men med en annen begrunnelse. Det fremgår av sakens opplysninger at arbeidsgiver har tilbudt arbeidstaker utvidelse til enten 100 prosent stilling dersom hun går over til en dag-/kveldsstilling eller en utvidelse til 74,1 prosent stilling ved at hun går inn i en 15 prosent kveldsstilling som tillegg til hennes eksisterende nattstilling. Etter mindretallets syn må arbeidsgiver gjennom disse tilbudene anses å ha oppfylt sin plikt etter arbeidsmiljøloven § 14-3. Selv om arbeidsgiver overfor nemnda har gitt uttrykk for at arbeidsoppgavene tillagt

nattstillinger og dag-/kveldsstillinger er noe forskjellige, er det etter mindretallets oppfatning i dette tilfellet ikke grunnlag for å konkludere med at tilbudet ikke ivaretar arbeidstakers rettigheter etter loven.

I vurderingen har mindretallet bl.a. vektlagt arbeidsgivers opplysninger om at det sykepleierfaglige ansvaret er tilnærmet likt i begge stillingene. Mindretallet viser i denne forbindelse også til nemndas vedtak 3/12, hvor det er lagt til grunn at arbeidsmiljølovens § 14-3 ikke gir arbeidstaker krav på at utvidelse skal skje ved tildeling av de arbeidsoppgaver som er beskrevet i utlysningen, i alle fall så lenge arbeidsgivers tilbud ligger innenfor arbeidsgivers normale arbeidstidsordning og ikke strider mot den enkeltes arbeidsavtale tariffavtale eller lovgivningen. Mindretallet finner etter dette ikke grunn til å ta stilling til hvorvidt en utøvelse av fortrinnsrett til den ene utlyste nattstillingen ville medføre en vesentlig ulempe for virksomheten.

### **Konklusjon**

Arbeidstaker gis ikke medhold

Twisteløsningsnemnda

Anne Marie Due  
leder

Oslo, 18.06.2015

### **Til orientering:**

Twister som nevnt i §§ 10-13, 12-14 og 14-3 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 regnet fra det tidspunkt tvisteløsningsnemndas avgjørelse foreligger, jf arbeidsmiljøloven § 17-2 (3).