

## **VEDTAK NR 16/09 I TVISTELØSNINGSNEMNDA**

**Tvisteløsningsnemnda avholdt møte onsdag den 1. april 2009 i Arbeidstilsynets lokaler i Lillestrøm**

Ved behandlingen av saken var tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

**Faste medlemmer**

Henning Harborg, leder

Haakon Skaug, LO

Elisabeth Lea Strøm, NHO

**Særskilt oppnevnte medlemmer**

Karin Ask Henriksen, Sykehuset Buskerud HF

Cathrine Cruse Hennig, NSF

**Saken gjelder**

Tvist om fortrinnsrett for deltidsansatte etter arbeidsmiljøloven § 14-3

**Arbeidstaker**

A

**Arbeidsgiver**

B

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

### **Saksforhold**

A har 50 prosent stilling som psykiatrisk sykepleier ved distrikt psykiatrisk senter X, B. I turnusen inngår arbeid hver tredje helg. I enheten er det til sammen 18 stillinger, hvorav 7 er sykepleiere og 2 er vernepleiere. I enheten er det en sykepleierstilling i 100 prosent.

A har varig uførepensjon på 50 prosent, men ønsker full stilling.

A har flere ganger muntlig gitt uttrykk for at hun ønsker en større fast stilling. I en uformell samtale med avdelingsleder C den 16. desember 2008 ble A gjort kjent med at det var foretatt en ansettelse på avdelingen i en stilling på 50 prosent. Stillingen var ikke utlyst internt eller eksternt. Hun har dermed ikke fremsatt skriftlig søknad på stillingen. Vedkommende som ble ansatt var vikar.

Som følge av at arbeidstaker mente at arbeidsgiver hadde foretatt ansettelse i strid med arbeidsmiljøloven §§ 14-1 og 14-3, ble det holdt drøftingsmøte mellom Norsk Sykepleierforbund og B den 7. januar 2009. På møtet fremkom det at det nå var ledig en fast stilling på 40 prosent og at A kunne få tilbud om 20 prosent av denne stillingen. Partene ble imidlertid enige om at stillingen skulle utlyses. Stillingen ble utlyst internt den 9. januar 2009 med søknadsfrist den 25. januar 2009. I henhold til utlysningsteksten innebærer stillingen arbeid hver tredje helg, men det kan være aktuelt å skille ut helgevaktene. Stillingsprosenten vil da bli 17,72 prosent for helgestillingen og 22,28 prosent for den resterende stillingen.

A søkte 22,28 prosent stilling ved søknad av 14. januar 2009.

A fikk tilbud om å øke sin stillingsprosent fra 50 prosent til 72,28 prosent fra den 21. februar 2009 med tiltredelse etter nærmere avtale. A har takket ja til tilbudet om utvidet stilling i henhold til arbeidsgivers brev av 2. mars 2009.

Saken ble brakt inn for tvisteløsningsnemnda ved brev av 22. desember 2008. Overfor nemnda har begge parter fått anledning til å komme med utfyllende merknader i saken. Det vises i denne forbindelse til arbeidsgivers brev av 30. januar 2009, brev av 2. mars 2009 og e-post av 23. mars 2009 samt Norsk Sykepleierforbundets brev av 3. februar 2009, 2. mars 2009, 3. mars 2009 og e-post av 23. mars 2009.

### **Arbeidstakers anførsler**

A anfører i det vesentligste:

Arbeidstaker mener seg forbigått ved ansettelsen av en vikar i den ledige stillingen på 50 prosent. Vedkommende vikar som ble tilsatt kunne ikke gjøre fortrinnsrett gjeldende.

Arbeidsgiver har i e-post av 17. desember 2008 bekreftet at den ledige stillingen i 50 prosent har samme ansvar og funksjon som stillingen arbeidstaker nå innehar. Kvalifikasjonskravet for den ledige stillingen er således oppfylt.

Det er svært vanskelig for ansatte ved B å gjøre fortrinnsretten gjeldende da arbeidsgiver i stor grad velger å direkteansette uten å lyse ut stillinger eller å informere på annet vis.

Arbeidsgiver påstår at fortrinnsretten ikke kan gjøres gjeldende da den ledige stillingen på 50 prosent ikke er større enn den stillingen hun innehar, som også er 50 prosent. Da arbeidstaker ønsker full stilling, vil denne stillingsandelen oppnås ved at hennes nåværende og den ledige stillingen slås sammen.

I bemanningsplanen fremkommer det at det er behov for en minimumsbemanning på 1-2 sykepleiere på helgevakter. Da turnusen roterer med arbeid hver tredje helg, viser det seg at bemanningen enkelte helger er bedre enn det minimumskravet til arbeidsgiver fastsetter. Dette innebærer at det vil være mulig å kombinere de to stillingene uten at det medfører vesentlig ulempe for arbeidsgiver.

I drøftingsmøtet den 7. januar 2009 opplyste arbeidsgiver at det ikke var vurdert å gi noen av de faste deltidsansatte tilbud om den ledige stillingen på 50 prosent, da det var viktig med tilstrekkelig ansatte for å dekke opp turnusen i helger. Likevel tilbys arbeidstaker stilling på 22 prosent, tatt fra en annen ledig stilling på 40 prosent. Den resterende del av stillingen skulle tilbys som en ren helgestilling. Når arbeidsgiver tilbyr å dele en stilling på 40 prosent slik at de sitter igjen med en relativt liten stillingsbrøk, viser dette at det er mulig å tilpasse turnusen i virksomheten. I denne saken kunne arbeidsgiver økt andelen fulltidsansatte i avdelingen, men valgte en løsning som innebærer at flere av de ansatte får ufrivillig deltidsarbeid.

A opplyser at hun ikke har vurdert muligheten for å jobbe flere helger eller natt, da hun ikke har blitt spurt om dette. Det medfører heller ikke riktighet at hun kun ønsker stilling på 70-80 prosent, hun ønsker 100 prosent. Tilbudene hun har fått tidligere har kun vært midlertidige stillinger.

### **Arbeidsgivers anførsler**

B hevder at utøvelse av fortrinnsrett vil innebære en vesentlig ulempe for virksomheten og anfører i det vesentligste:

Når en stilling blir ledig foretar arbeidsgiver alltid en vurdering av behovet for stillingen. I vurderingen tas det blant annet hensyn til om ressurser kan benyttes annerledes, samt kvalifikasjons- og ressursbehov. I denne saken er det vurdert slik at den ledige stillingen på 50 prosent ikke lar seg kombinere med stillingen på 50 prosent som A innehar. Begge stillingene innebærer arbeid i turnus med arbeid hver tredje helg. Skulle det være mulig å finne løsninger i forhold til en kombinasjon, ville det medført at arbeidstaker måtte jobbe annenhver helg. Hun har selv gitt uttrykk for at det er uaktuelt for henne å jobbe mer i helger, og at hun ikke ønsker å jobbe natt. A har ved flere anledninger hatt mulighet til å endre stillingsprosent midlertidig, i april 2007 og i november 2008, da virksomheten har tilrettelagt i form av redusert stilling i perioder for andre ansatte. Dette har hun takket nei til fordi det ikke passet med hennes privatpraksis og av trygdeårsaker.

Ved å dele opp stillingen på 50 prosent slik at kun helgen gjenstår, ville det etterlate en deltidsstilling på ca 20 prosent. Erfaringsmessig er det vanskelig å rekruttere til en slik stilling. I tillegg vil en slik deling medføre enda større faglige utfordringer fordi små stillingsbrøker går utover kontinuiteten og faglige krav for pasientene.

Bemanningsplanen krever jevn bemanning hele uken, og alle helger må dekkes opp med det nødvendige antall personer. Norsk Sykepleierforbunds henvisning til en minimumsbemanning

på 1-2 sykepleiere på helgevakter slik det fremgår av det elektroniske verktøyet (Gat-turnus) blir feil for den aktuelle enheten. I denne enheten er bemanningsbehovet definert likt hele tiden.

### **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. Arbeidstaker ble muntlig gjort kjent med at det var foretatt en ansettelse i stillingen den 16. desember 2008. A brakte tvisten inn for tvisteløsningsnemnda i brev av 22. desember 2008. 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.

Til opplysningen om at A har 50 prosent uføretrygd vil nemnda bemerke at det ligger utenfor nemndas mandat å ta stilling til trygderettslige konsekvenser av at A gjør fortrinnsrett gjeldende.

Det er ingen uenighet mellom partene om at det er foretatt en ny ansettelse i lovens forstand eller at A er kvalifisert for stillingen. Nemnda nevner videre at det ikke kan være tvilsomt at fortrinnsrett kan utøves til stillinger som er like store eller mindre enn den arbeidstaker har. Arbeidsgiver kan derfor ikke avslå kravet om fortrinnsrett til den aktuelle stillingen på femti prosent med den begrunnelse at arbeidstaker allerede har en stilling av samme størrelse. Det avgjørende for nemnda blir derfor om utøvelse av fortrinnsrett til den ledige stillingen vil innebære en vesentlig ulempe for virksomheten.

Som arbeidsgiver påpeker, innebærer en utøvelse av fortrinnsrett at deler av helgebemanningsbehovet fortsatt står udekket. Nemnda finner at dette klart er til ulempe for arbeidsgiver.

I Ot. prp. nr 49 (2004-2005) kapittel 17.2.6 side 227 står det følgende om bemanningsulemper:

*”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.”*

Det fremgår således av lovens forarbeider at dette vil bero på en konkret vurdering av om utøvelse av fortrinnsretten i det enkelte tilfelle vil gi urimelige utslag for virksomheten.

Nemnda mener at utøvelse av fortrinnsretten for A vil medføre en vesentlig ulempe for virksomheten. Saken gjelder fortrinnsrett til hele stillingen på 50 prosent. Arbeidstaker har

argumentert med at arbeidsgivers vilje til å dele en annen stilling viser at det er mulig å tilpasse turnusen i virksomheten. Nemnda viser til at det at en annen stilling (på 40 prosent) kan deles slik at A kan få overta andelen av den som ikke inneholder helgearbeid, ikke kan tas til inntekt for at også den ledige halve stillingen saken gjelder kan tilpasses slik at den ikke nødvendiggjør helgearbeid. Helgevaktene i den ledige stillingen måtte i så fall vært dekket opp av andre ansatte som allerede etter eksisterende helgeturnus arbeider hver tredje helg. Nemnda er av den oppfatning at det i denne saken utgjør en vesentlig ulempe for arbeidsgiver.

Nemnda registrerer likevel at det er utstrakt bruk av deltid og ekstravakter ved virksomheten, og oppfordrer arbeidsgiver til å gjennomføre tiltak for å søke å oppnå lovens målsetning om flere heltidsstillinger.

### **Konklusjon**

Arbeidstaker gis ikke medhold.

Tvisteløsningsnemnda

Henning Harborg  
leder

Lillestrøm, 3. 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.