

## **VEDTAK NR 07/13 I TVISTELØSNINGSNEMNDA**

**Tvisteløsningsnemnda avholdt møte mandag 4. mars 2013.**

Ved behandlingen av saken var tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

### **Faste medlemmer**

Henning Harborg, leder  
Anne-Lise H. Rolland, LO  
Elisabeth Lea Strøm, NHO

### **Særskilt oppnevnte medlemmer**

Gry Brandshaug Dale, KS  
Tore Dahlstrøm, NSF

### **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 sykepleier på natt i stilling på 60 prosent ved sykehjemmet X, B kommune. Hun har vært sykemeldt siden desember 2011.

Høsten 2012 utlyste B kommune to ledige sykepleierstillinger på 100 prosent ved X. Den ene stillingen var kun tillagt arbeidsoppgaver ved sykehjemmets skjermede avdeling, mens den andre stillingen innebar oppgaver ved flere avdelinger.

A søkte på hele den sistnevnte stillingen innen søknadsfristen. B kommune avslo søknaden 29. oktober 2012. Stillingen ble besatt av en ekstern søker.

Saken ble brakt inn for tvisteløsningsnemnda ved brev av 1. november 2012. Overfor nemnda har begge parter fått anledning til å komme med utfyllende merknader i saken.

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidstaker:

- brev av 1. oktober 2012
- e-post av 11. februar 2013

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev av 16. november 2012

### **Arbeidstakers anførsler**

A anfører i det vesentligste:

Utøvelse av fortrinnsrett til den omstridte stillingen vil ikke medføre noen vesentlig ulempe for arbeidsgiver.

Arbeidsgiver har intet grunnlag for å bedømme hennes fremtidige helsetilstand og arbeidsevne, og sykefraværet kan ikke avskjære hennes lovfestede krav på fortrinnsrett.

### **Arbeidsgivers anførsler**

B kommune anfører i det vesentligste:

A har vært sykemeldt fra sin deltidsstilling i lang tid, og det er usikkert når hun blir friskmeldt. Det har vært gjennomført sykefraværsoppfølging etter gjeldende rutiner, og tilrettelegging med redusert arbeidstid på dagtid er utprøvd uten å lykkes. Det er således usikkert når hun vil kunne gjeninntre i sin eksisterende stilling på 60 prosent, og enda mer usikkert om hun vil ha arbeidskapasitet til å kunne fungere i en full stilling.

Sykehjemmet hadde på tidspunktet for ansettelse et sterkt behov for sykepleier i 100 prosent stilling, ettersom brukersituasjonen ved de aktuelle avdelingene tilsier et behov for stabilitet og kontinuitet i bemanningen. Erfaringen viser at det er vanskelig å rekruttere kvalifiserte vikarer, særlig når vikariatets lengde er usikkert. Det ville således medføre en vesentlig ulempe å avvente ansettelse i fast stilling til A eventuelt blir friskmeldt.

### **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). 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 ikke bestridt at A er faglig kvalifisert til den omstridte stillingen, men anfører likevel at hennes langvarige sykefravær var medvirkende til at hun ikke ble vurdert som aktuell til stillingen. Selv om det ikke kan utelukkes at personlige helseproblemer i spesielle tilfeller kan medføre at en arbeidstaker ikke anses skikket/kvalifisert til stillingsutvidelse, skal det mye til. Slik saken er opplyst finner nemnda ikke grunnlag for at As helsesituasjon diskvalifiserer henne fra å gjøre fortrinnsrett gjeldende som deltidsansatt.

Lovens utgangspunkt er at fortrinnsrett kan gjøres gjeldende til bestemte stillinger der det skal foretas ansettelse, men nemnda har i sin praksis lagt til grunn at arbeidsgiver etter omstendighetene kan møte et krav på fortrinnsrett til en bestemt stilling gjennom å tilby annen utvidelse av arbeidstakers stilling – under forutsetning av at den utvidete stillingen inneholder om lag de samme arbeidsoppgaver som arbeidstaker allerede har og for øvrig ligger innenfor arbeidsgivers styringsrett. Arbeidsgiver har i denne saken gått langt i å love at man vil stille seg positiv til en utvidelse av As stilling når hun er tilbake i jobb, og har også klart antydning at man har holdt en full stilling ledig i påvente av avklaring av As helsesituasjon. Slik saken er opplyst, kan imidlertid ikke nemnda se at arbeidsgiver har avgitt et rettslig bindende løfte om utvidelse av As stilling, og saken kan derfor ikke løses på det grunnlag. Noe annet er at arbeidsgivers positive signaler kan vektlegges i ulempevurderingen.

Det avgjørende for nemnda blir etter dette om utøvelse av fortrinnsretten vil medføre vesentlig ulempe for virksomheten, jf. § 14-3 andre ledd. 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.

Det er i denne saken snakk om fortrinnsrett til hele den utlyste stillingen, og saken reiser derfor i utgangspunktet ikke spørsmål ved ulemper i form av at man blir sittende med en mindre reststilling. At den omstridte heltidsstillingen eventuelt tildeles A, vil imidlertid innebære at stillingen må fylles av vikarer frem til A blir friskmeldt. Arbeidsgiver har anført at det erfaringsmessig er vesentlig vanskeligere å rekruttere kvalifisert arbeidskraft et vikariat enn en fast stilling, særlig når det er stor usikkerhet om vikariatets varighet. Det anføres også at ansettelse av enda en vikar ikke er i tråd med det uttalte ønsket om større stabilitet i

bemanningen ved avdelingen. Spørsmålet er om disse momentene vil medføre vesentlig ulempe.

Nemnda har etter en konkret vurdering kommet til at det er tilfellet. Nemnda legger til grunn arbeidsgivers anførsel om at det erfaringsmessig er problematisk å rekruttere kvalifiserte vikarer, spesielt der man ikke vet om vikariatet er langvarig eller ikke.

Selv om nemnda fant at As helseproblemer ikke kan medføre at hun er uskikket/ikke kvalifisert til en stillingsutvidelse, mener nemnda at helseproblemene er relevante i ulempevurderingen i denne saken. Det dreier seg om en stilling som ble etablert på grunn av et behov for stabil bemanning i en avdeling der kontinuitet i personalet er vesentlig for brukerne, og dette må etter nemndas oppfatning være et relevant og tungtveiende moment i interesseavveiningen. Det legges også vekt på at det i denne saken synes helt uvisst når arbeidstaker er tilbake i arbeid.

Nemnda har registrert arbeidsgivers tilsagn om at man vil forsøke å utvide As stilling når hun måtte være tilbake etter sykefraværet, og vil anmode om at dette følges opp.

### **Konklusjon**

Arbeidstaker gis ikke medhold.

Tvisteløsningsnemnda

Henning Harborg  
leder

Oslo, 04.03.2013

### **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.