

## **VEDTAK NR 66/10 I TVISTELØSNINGSNEMNDA**

**Tvisteløsningsnemnda avholdt møte onsdag 13. oktober i Regjeringskvartalet, R5.**

Ved behandlingen av saken var tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

### **Faste medlemmer**

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

### **Særskilt oppnevnte medlemmer**

Brge Benum, 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 har siden 2005 vært fast ansatt som sykepleier i stilling på 50 prosent ved B sykehjem i B kommune. Hun har i tillegg tatt ekstravakter slik at hun gjennomsnittlig har arbeidet til sammen 86,46 prosent av full stilling. A var sykmeldt i ulik grad i perioden fra 16. august 2008 til 30. april 2010. I perioden fra 16. januar 2009 til 11. mai 2009, samt i en periode før hun ble friskmeldt 1. mai 2010, gikk hun i aktiv sykemelding.

Våren 2009 utlyste sykehjemmet et vikariat på full stilling. A søkte på stillingen, men fikk avslag da hun på denne tiden var sykemeldt. Den 1. juni 2010 ble A etter forespørsel informert om at vikariatet var blitt omgjort til en fast stilling, og at personen som hadde vikariert allerede var ansatt i denne stillingen.

Saken ble brakt inn for tvisteløsningsnemnda ved brev av 28. juni 2010. Overfor nemnda har begge parter fått anledning til å komme med utfyllende merknader i saken.

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidstaker:

- brev av 8. juni 2010
- brev av 5. august 2010
- brev av 31. august 2010

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev av 27. juli 2010

### **Arbeidstakers anførsler**

A anfører i det vesentligste:

Ansettelsen som ble gjort våren 2010 av en annen sykepleier i fast stilling på 100 prosent, var i strid med As fortrinnsrett. Hun har jobbet som sykepleier ved skjermet avdeling i B siden 2004, vært på flere kurs og er således kvalifisert til stillingen.

Utøvelse av fortrinnsrett ville ikke medført vesentlig ulempe for arbeidsgiver. Arbeidstaker har vært 100 prosent friskmeldt siden 1. mai 2010, og er ikke enig i at det senere har vært usikkerhet om hennes helsesituasjon. Situasjonen var riktignok usikker ved utlysningen av vikariatet, men et år etter er situasjonen en helt annen. Verken avdelingsleder, enhetsleder eller personalkontoret har forhørt seg om hennes helsesituasjon etter at hun kom tilbake på jobb.

På intervju til vikariatet fikk hun muntlig lovnad fra avdelingsleder om at hun ville være svært aktuell for den omtvistede stillingen når vikariatet utløp. Hun har også ved flere anledninger helt siden 2004 uttrykt ønske om utvidet stilling ved skjermet avdeling.

Kommunens tilbud om full stilling er kun presentert overfor arbeidstaker i muntlig form, og kom først etter at den omtvistede stillingen var besatt.

## **Arbeidsgivers anførsler**

B kommune anfører i det vesentligste:

Da vikarstillingen ble utlyst og det ble foretatt ansettelse, var A 100 prosent sykmeldt. Det har vært svært usikkert hvordan helsetilstanden hennes ville utvikle seg.

Vikarstillingen ble utlyst ”med mulighet for fast ansettelse”, fordi det er et viktig signal å sende både av hensyn til rekrutteringen til stillingen og fordi det var reelle utsikter til at stillingen ville bli permanent. Rekruttering av sykepleiere til vikarstilling har i flere år vært en stor utfordring. Hadde vikariatet ikke blitt utlyst med signaler om mulighet for fast ansettelse, ville stillingen trolig ikke fått kvalifiserte søkere.

B kommune kan ha forståelse for at A isolert sett føler seg forbigått i saken. Kommunens beslutning er imidlertid gjort på bakgrunn av en helhetsbetraktning, noe som både kan og må gjøres av hensyn til driften. Kommunen mener aml. § 14-3 gir rom for slik helhetsvurdering.

Videre har A fått muntlig beskjed om at hun når som helst kan få 100 prosent fast stilling, forutsatt at hun helt eller delvis tar jobb på en annen avdeling. Dette har hun så langt ikke vært villig til.

## **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 utløper fire uker etter at arbeidsgiver avslo krav fra arbeidstaker, jf forskrift om tvisteløsningsnemnd etter arbeidsmiljøloven § 3 tredje ledd.

A ble 1. juni 2010 oppmerksom på at en annen sykepleier ved avdelingen var blitt tilbudt en ny ledig stilling på 100 prosent. Tvisten gjelder As krav på fortrinnsrett til denne stillingen. Arbeidstaker brakte tvisten inn for tvisteløsningsnemnda ved brev av 28. juni 2010. 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. Nemnda finner at det ble foretatt en ny ansettelse i lovens forstand da vedkommende som gikk i vikariat fikk fast stilling våren 2010. Verken det forhold at den tilsatte tidligere hadde hatt et vikariat, eller at hun ved tilsetningen i vikariatet var forespeilet fast stilling, kan medføre at tilsetningen i fast stilling ikke var en ny ansettelse etter loven. A var da som deltidsansatt i utgangspunktet fortrinnsberettiget til denne stillingen.

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 stillingen.

Det avgjørende er derfor om utøvelse av fortrinnsretten vil innebære vesentlige ulemper for virksomheten. Hva som ligger i begrepet vesentlig ulempe er ikke nærmere definert i loven. Av lovens forarbeider, Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) kapittel 17.2.6 side 227, fremgår det at det

vil bero på en konkret vurdering av om utøvelse av fortrinnsretten i det enkelte tilfelle vil gi urimelige utslag for virksomheten.

Kommunen har anført at usikkerhet rundt As helsetilstand var et viktig moment i tilsetningsprosessen. Nemnda har forståelse for at arbeidsgiver har behov for stabilitet i arbeidsstokken, men slik saken er lagt frem for nemnda, er det ikke sannsynliggjort at det fortsatt var usikkerhet rundt hennes helsetilstand da den omtvistede stillingen ble besatt sommeren 2010. Det er ingen holdepunkter i sakens dokumenter for at As helsetilstand var så usikker at den våren 2010 ville medført en vesentlig ulempe å ansette henne i den omtvistede stillingen, hvilket også underbygges av at hun, ifølge arbeidsgiver selv, har et stående tilbud om 100 prosent fast stilling ved en annen avdeling.

Kommunen har også anført at det lenge har vært store utfordringer knyttet til rekruttering av sykepleiere til vikarstillinger i kommunen, og at det derfor var viktig å gi signaler om senere mulighet for fast stilling når vikariatet ble utlyst i 2009. Slik nemnda ser det, vil slike forhåndstilsagn alltid måtte forstås med det forbehold at fast ansettelse ikke vil være i strid andre arbeidstakeres fortrinnsrett etter loven. Arbeidsgiver kan ikke gjennom slike forhåndstilsagn frata andre arbeidstakere deres rettigheter etter § 14-3.

Nemnda kan ikke se at arbeidsgiver har dokumentert andre forhold som tilsier at As benyttelse av fortrinnsretten vil medføre en vesentlig ulempe for virksomheten, og nemnda konkluderer derfor med at ansettelsen var i strid med As fortrinnsrett.

### **Konklusjon**

Ansettelsen var i strid med As fortrinnsrett.

Tvisteløsningsnemnda

Henning Harborg  
leder

Lillestrøm, 14.10.2010

### **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.

