

## **VEDTAK NR 02/09 I TVISTELØSNINGSNEMNDA**

Tvisteløsningsnemnda avholdt møte tirsdag 7. oktober 2008 i departementsbygning R5, Akersgata 59, Oslo.

Ved behandlingen av saken var tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

### **Faste medlemmer**

Henning Harborg (leder)  
Anette Lunde Barlinn, LO  
Elisabeth Lea Strøm, NHO

### **Særskilt oppnevnte medlemmer**

Ingrid Enoksen, NSF  
Øyvind Gjelstad, KS

### **Saken gjelder**

Tvist om fortrinnsrett for deltidsansatt etter arbeidsmiljøloven § 14-3

### **Arbeidstaker**

A

### **Arbeidsgiver**

B sykehus

Det ble truffet slikt

## **vedtak:**

### **Saksforhold**

A har vært ansatt som sykepleier ved B sykehus fra juni 2000, med fast ansettelse fra mai 2002. Det siste året har hun arbeidet i stilling på 75 prosent ved avdeling for legevakt/mottak.

Våren 2008 ble det foretatt eksternt utlysning av en vikariatstilling på 100 prosent ved medisinsk poliklinikk, med søknadsfrist 5. juni 2008.

Av stillingsannonsen fremgår at arbeidet ville veksle mellom assistanse og ansvar på gastrolaboratoriet og vanlig avdelingsarbeid, samt at personer med erfaring fra lignende arbeid vil bli foretrukket. Perioden for vikariatet er fra juni 2008 til juni 2009, det vil si for ett år.

I brev av 2. juni 2008 søkte A på den ledige stillingen. Ved brev av 18. juni 2008 fikk hun melding om at vikariatet var tilbudt annen søker. Denne søkeren hadde tidligere vært ansatt ved B sykehus i 100 prosent stilling som seksjonsleder.

A var uenig i arbeidsgivers avgjørelse og brakte saken inn for tvisteløsningsnemnda ved brev av 10. juli 2008.

Begge parter har fått anledning til å komme med utfyllende merknader i saken. Det vises i denne forbindelse til brev av 19. august 2008 og e-post av 26. september fra A, samt brev av 25. august 2008 og e-post av 29. september 2008 fra B sykehus.

### **Arbeidstakers anførsler**

A anfører i det vesentligste:

Helt fra hun ble ansatt ved sykehuset i juni 2000 har A gitt sterkt uttrykk for at hun ønsker full stilling, herunder både i søknaden til vikariatet ved medisinsk poliklinikk og i det påfølgende stillingsintervjuet. Videre var det høsten 2008 en spørreundersøkelse på sykehuset blant de deltidsansatte, hvor det ble foretatt en kartlegging av ønsker om større stilling. Også i den sammenheng ga A uttrykk for at hun ønsket full stilling.

A har vært ansatt ved sykehuset i åtte år. Den eksterne søkeren som fikk vikariatet hadde kun to års ansettelsestid fra sykehuset fra tidligere.

A mener at hun er kvalifisert for vikariatet og viser til at hun ble innkalt til intervju, samt at hun har relevant praksis fra kirurgisk avdeling og legevakt/mottak.

Arbeidsgiver har i hovedsak vektlagt at sykepleieren som ble ansatt i stillingen hadde erfaring fra thoraxkirurgisk avdeling på X. Under intervjuet ble det informert om at arbeidet i hovedsak gikk ut på arbeid ved gastrolaboratoriet på medisinsk poliklinikk, noe som også fremgår av stillingsannonsen. A har god erfaring fra kirurgisk avdeling, hvor det er mange mage-/tarmpasienter. Denne erfaringen vil være en fordel for arbeidet ved gastrolaboratoriet. Videre vil A bemerke at det er en svært liten gruppe av lungepasienter ved medisinsk poliklinikk. Hovedvekten av pasienter er innenfor hjerte, diabetes og gastrolaboratoriet.

Arbeidsgiver har vist til at det er viktig med umiddelbar tiltredelse i stillingen. Under intervjuet sa A klart og tydelig at hun kunne starte umiddelbart med opplæringsvakter på sine fridager og at hun også kunne utsette sommerferien.

På denne bakgrunn er A sterkt uenig i ansettelsen av den eksterne søkeren, og hun mener at arbeidsgiver har brutt arbeidsmiljøloven § 14-3.

### **Arbeidsgivers anførsler**

Arbeidsgiver anfører i det vesentligste:

Medisinsk poliklinikk har til sammen 3,5 årsverk for sykepleier, fordelt på 4 personer. I slutten av april 2008 oppsto det en akutt bemanningskrise ved poliklinikken fordi en av de ansatte ble sykmeldt. Vedkommende sykepleier fikk innvilget sykepermisjon i ett år fra 1. juni 2008. Frem til vikar var på plass var det nødvendig å improvisere, og seksjonsleder ved medisinsk sengepost ble benyttet til arbeidsoppgaver som det gikk fort å sette seg inn i. En del konsultasjoner måtte imidlertid avlyses, spesielt på gastrolaboratoriet. Dette var til stor ulempe for driften av klinikken, økonomi og pasienter.

Samtidig ble det foretatt eksternt utlysning av et vikariat på ett år. Av utlysningsteksten fremgår at det primært ble søkt etter sykepleier til gastrolaboratoriet, samt at den som ble ansatt skulle veksle med øvrige oppgaver ved poliklinikken. Under stillingsintervjuene ble det lagt vekt på at stillingen i hovedsak var tillagt assistanse og ansvar for gastrolaboratoriet, og spesielt ansvar og oppfølging av pasienter/utstyr. Det ble i tillegg presisert at alle andre oppgaver ved poliklinikken ville veksle med gastrolaboratoriet.

Arbeidsgiver har ikke oppfattet A stillingssøknad som et særskilt krav om fortrinnsrett til det aktuelle vikariatet, og saken ble derfor behandlet som en ordinær ansettelsessak.

Ved innstillingen til stillingen ble det lagt vekt på kvalifikasjoner, egnethet og når søkeren tidligst kunne tiltre stillingen. A ble ansett som kvalifisert for stillingen, men to andre søkere ble vurdert som bedre kvalifisert. Søkeren som ble innstilt som nr 1 hadde tidligere vært ansatt i en 100 prosent seksjonslederstilling ved sykehuset og hadde fratrudd stillingen for kort tid siden. Hun ble vurdert som best kvalifisert ut fra tidligere erfaring/kompetanse fra thoraxkirurgisk avdeling på X, og fordi hun hadde vært seksjonsleder og hadde formell lederutdanning. I tillegg var hun uten arbeid da hun hadde sluttet ved sykehuset noen dager tidligere, og hun kunne tiltre umiddelbart.

Av driftsmessige årsaker, både med hensyn til pasienter og medisinsk personale ved poliklinikken og medisinsk sengepost, var det helt vesentlig at det aktuelle vikariatet kunne besettes umiddelbart. I så tilfelle kunne seksjonsleder ved sengeposten, som hadde hjulpet til i en overgangsperiode, fullt ut gå tilbake til sin lederfunksjon. Ferieavviklingen på sengeposten kunne også gå som planlagt. Videre kunne medisinsk poliklinikk behandle pasienter som planlagt og avvikle sommerferie for de ansatte som avtalt.

Når det gjelder A, er hun ansatt ved avdeling for legevakt/mottak. Sykehusledelsen var kjent med at ferieavvikling nærmest skapte krise for bemanningen ved denne avdelingen sommeren 2008. I henhold til permisjonspraksis ved sykehuset var det på denne bakgrunn usikkert om A ville få innvilget permisjon for å vikariere ved medisinsk poliklinikk. En eventuell permisjon ville tidligst kunne bli innvilget fra slutten av august 2008.

Alternativt ville A måtte si opp sin stilling ved avdeling for legevakt/mottak og tiltre vikariatet ved medisinsk poliklinikk etter 3 måneder oppsigelsestid, det vil si i begynnelsen av september 2008. I så tilfelle ville det oppstått en situasjon der både pasienter og medarbeidere ved medisinsk poliklinikk ville blitt sterkt skadelidende. Planlagt ferie for de ansatte måtte således endres. Videre ville pasientene fått utsatt sine undersøkelser og ventetidene ville øke.

**Twisteløsningsnemndas merknader**

Twist 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.

Ved brev av 18. juni 2008 fikk A melding fra sin arbeidsgiver om at hun ikke fikk ansettelse i vikariat ved medisinsk poliklinikk på B sykehus. A brakte saken inn for tvisteløsningsnemnda ved brev av 10. juli 2008. Saken er derved 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.

Twisteløsningsnemnda legger til grunn at den som ble ansatt i det aktuelle vikariatet var å anse som ekstern søker, og partene er også enige om dette. Det er derfor ingen tvil om at vilkåret om ny ansettelse er oppfylt, og at A i utgangspunktet kunne kreve fortrinnsrett til utvidet stilling. Det ble imidlertid ikke foretatt en vurdering av fortrinnsrett for A fordi det ikke ble oppfattet at hun krevde fortrinnsrett. Hennes søknad ble derfor vurdert som en vanlig stillingssøknad. Nemnda bemerker til dette at arbeidsgiver har selvstendig plikt til å undersøke om en søker har fortrinnsrett til utvidet stilling, jf, nemndas uttalelse i vedtak 08/07.

Arbeidsgiver har ikke reist tvil om A kvalifikasjoner til det utlyste vikariatet. Det avgjørende spørsmål blir derfor om det vil være en vesentlig ulempe for arbeidsgiver om hun utøver fortrinnsrett til vikariatet.

Det er ikke definert i loven hva som ligger i begrepet vesentlig ulempe. Etter lovens forarbeider, Ot prp nr 49 (2004-2005) kapittel 17.2.6 side 227, vil spørsmålet om vesentlig ulempe bero på en konkret vurdering av om utøvelse av fortrinnsretten i det enkelte tilfellet vil gi urimelige utslag for virksomheten.

Arbeidsgiver anfører at det var helt vesentlig at vikariatet kunne fylles umiddelbart, fordi det ellers ville oppstått en situasjon der både pasienter og ansatte ville blitt sterkt skadelidende fremover. Twisteløsningsnemnda legger til grunn at det ut fra omstendighetene var nødvendig med umiddelbar tiltredelse i vikariatet, men nemnda kan ikke se at arbeidsgiver i tilstrekkelig grad har underbygget at A ikke ville kunne tiltre umiddelbart. Arbeidsgiver har i denne forbindelse anført at det var usikkert hvorvidt og eventuelt når A ville kunne få permisjon fra sin stilling ved avdeling for legevakt/mottak, men arbeidsgiver har ikke fremlagt opplysninger om at det faktisk ble foretatt konkrete undersøkelser omkring A permisjonsmuligheter. Arbeidsgiver kan etter nemndas oppfatning i et slikt tilfelle ikke slå seg til ro med antakelser om at det vil være vanskelig for en fortrinnsberettiget arbeidstaker å kunne tiltre stillingen tidnok. Nemnda kan på denne bakgrunn ikke se at arbeidsgiver har underbygget at vilkåret om vesentlig ulempe er oppfylt.

Nemnda har etter dette kommet til at ansettelsen i vikariatet var i strid med A fortrinnsrett etter loven. Det presiseres at nemnda ikke har tatt stilling til om søkeren som ble innstilt som nr. 2 kunne gjøre fortrinnsrett gjeldende.

## **Konklusjon**

Ansettelsen i vikariatet ved medisinsk poliklinikk var i strid med A fortrinnsrett etter arbeidsmiljøloven § 14-3.

Tvisteløsningsnemnda

Henning Harborg  
leder

Lillestrøm, 9. januar 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.