

## **VEDTAK NR 173/17 I TVISTELØSNINGSNEMNDA**

**Twisteløsningsnemnda avholdt møte onsdag 21. juni 2017.**

Ved behandlingen av saken var tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

**Faste medlemmer**

Anne Marie Due, leder  
Per Engeland, Virke  
Ragnhild Bø Raugland, Akademikerne

**Særskilt oppnevnte medlemmer**

Rahman Mjaki, Ahus  
Magnus Buflod, NSF

**Saken gjelder**

Twist om fortrinnsrett for deltidsansatte etter arbeidsmiljøloven § 14-3

**Arbeidstaker**

A

**Arbeidsgiver**

B

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

### **Saksforhold**

A er fast deltidsansatt i stilling på 64 prosent som psykiatrisk sykepleier på natt, ved B, krise-korttidsseksjonen. Hun har siden 2014 hatt et vikariat på dagtid på henholdsvis 75-100 prosent og siden januar 2016 har hun hatt 100 prosent vikariat i akutt-teamet ved X.

Det ble utlyst to 100 prosent stillinger ved krise og korttidsseksjonen for sykepleiere med videreutdanning i psykisk helsearbeid. A søkte på disse og fremmet krav om fortrinnsrett ved brev datert 4. oktober 2016.

Arbeidsgiver avsto krav om fortrinnsrett ved brev datert 11. november 2016. Avslaget var begrunnet med at A ikke var kvalifisert for stillingene ut i fra de krav som var stilt i stillingsannonsen. De to som ble ansatt kom fra 100 prosent stillinger ved B. A ble innstilt som nummer to.

Saken ble brakt inn for tvisteløsningsnemnda ved e-post av 1. desember 2016.

Overfor nemnda har begge parter fått anledning til å komme med utfyllende merknader i saken.

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidstaker:

- e-post av 1. desember 2016
- e-post av 8. januar 2017
- e-post av 11. mai 2017

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev datert 9. januar 2017
- e-post av 29. mars 2017
- e-post av 12. mai 2017

### **Arbeidstakers anførsler**

A anfører i det vesentligste at hun er kvalifisert for stillingene etter det som er listet opp i utlysningsteksten og at hun har fortrinnsrett. Det fremkommer ikke av utlysningsteksten at det søkes etter spesielt kompetent akutt psykiatrisk personell med erfaring fra lukkede skjermede akuttavsnitt. A har erfaring fra akutt-tjeneste ved enheten og har deltatt i oppbyggingen av tilbudet hvor de omtvistede stillingene er.

### **Arbeidsgivers anførsler**

B anfører i det vesentligste at A ikke er kvalifisert og dermed ikke har fortrinnsrett til de utlyste stillingene. Kvalifikasjonskrav og arbeidsoppgaver i de utlyste stillingene er ikke de samme som As faste stilling og nåværende vikariat. I de utlyste stillingene ble det stilt krav til kompetanse og erfaring utover det å være psykiatrisk sykepleier.

Arbeidsgiver anfører også at det vil medføre en vesentlig ulempe dersom A får fortrinnsrett til stillingen.

## **Twisteløsningsnemndas merknader**

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

I henhold til forskrift om tvisteløsningsnemnd etter arbeidsmiljøloven § 2 settes nemnda med leder og to faste medlemmer. I tillegg er det oppnevnt ytterligere to medlemmer med særlig kunnskap om den bransjen som er berørt i saken (bransjemedlemmer).

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.

Høyesterett har slått fast i dom av 25. april 2016 (HR-2016-00867-A) at arbeidsmiljøloven § 14-3 ikke åpner for at deltidsansatte kan gjøre krav på å tre inn i en del av en utlyst stilling. Deltidsansatt som gjør fortrinnsrett gjeldende etter arbeidsmiljøloven § 14-3, må dermed akseptere hele den utlyste stillingen. Nemnda vil bemerke at saksforholdet i denne saken skiller seg fra saksforholdet i den forannevnte høyesterettsdommen. Det legges til grunn at arbeidstaker i nærværende sak har fremmet krav om hele den utlyste stillingen på 100 prosent, og at hun i så fall vil si opp sin nåværende stilling på 64 prosent. Arbeidsgiver vil dermed sitte med de samme stillingene som tidligere, og det skapes ikke flere undersysselsatte enn før. Nemnda mener at det i et slikt tilfelle – i utgangspunktet – vil være grunnlag for å utøve fortrinnsrett, jf. nemndas vedtak 105/16 og 202/16.

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.

De sentrale spørsmål for nemnda vil derfor være om stillingene kan anses å inneha om lag samme arbeidsoppgaver som arbeidstaker allerede utfører, om arbeidstaker er kvalifisert for stillingen og om fortrinnsrett vil medføre vesentlig ulempe for arbeidsgiver.

Nemnda har kommet til at stillingene har «om lag» de samme arbeidsoppgaver. A er fast ansatt som psykiatrisk sykepleier på natt, men har siden 2014 hatt et vikariat på dagtid på henholdsvis 75 og 100 prosent ved samme avdeling som de omstridte stillingene. Arbeidstaker er fast ansatt i en stilling som psykiatrisk sykepleier og de utlyste stillingene er også psykiatriske sykepleierstillinger. Stillingene er ved samme avdeling. De omstridte stillingene har de samme formelle kvalifikasjonskrav og stillingstittel som A har i sin eksisterende stilling. As faste stilling er riktignok en stilling på natt, og det innebærer naturlig nok en viss ulikhet i arbeidsoppgavene, men etter nemndas syn er ikke denne forskjellen av en slik karakter at arbeidsoppgavene ikke kan ses på som «om lag de samme». Nemnda viser også til bestemmelsens formål om å bidra til å redusere uønsket deltid, noe som tilsier en ikke for streng tolkning av begrepet «om lag de samme arbeidsoppgaver».

Arbeidsgiver anfører at A ikke er kvalifisert for de utlyste stillingene i henhold til stillingsannonsen. Ved vurderingen av om arbeidstaker er kvalifisert kan det som tidligere

nevnt, i henhold til lovens forarbeider, tas hensyn til både faglige og personlige forutsetninger.

Ved utlysningen etterspurte arbeidsgiver kompetanse virksomheten ikke hadde fra før, herunder etablert erfarings- og formal kompetanse innen spissede akuttfunksjoner. De ønsket å forsterke, forbedre og utvikle akutt psykiatrisk tilbud i DPS ved utlysningen, og søkte etter spesielt kompetent akutt psykiatrisk personell. Arbeidsgiver anfører at slik høykompetent akutt psykiatrisk kompetanse tilegnes kun via systematisk arbeid i akuttpsykiatriske klinikker, med lukkede akuttavsnitt hvor personellfaktoren er høy og kravene til klinisk metodikk og arbeidsverktøy er innrettet mot de akutte tilstander som preges av høysuicidalrisiko, utagerende psykotiske pasienter og kliniske utfordringer hvor pasienter midlertidig må skjermes i forhold til egen krevende adferd og i forhold til medpasienter.

Nemnda har kommet til at A er kvalifisert for de omstridte stillingene. Nemnda bemerker først at arbeidsgiver innstilte A som nr. 2 til stillingen, og må da nødvendigvis selv ha vurdert henne som kvalifisert for stillingen. Etter nemndas forståelse er det sentrale i arbeidsgivers argumentasjon for å ansette de andre søkerne, at disse var mer kompetent. Etter nemndas praksis kan ikke fortrinnsrett avskjæres med den begrunnelse at en annen søker er *mer* kvalifisert eller har en mer attraktiv kompetanse. Tvert imot er det nettopp i slike tilfeller at fortrinnsretten skal sikre den deltidsansatte utvidet stilling. Arbeidsgiver har verken i utlysningsteksten eller i senere dokumentasjon synliggjort at erfaring fra lukket akuttavsnitt var nødvendig i tillegg til erfaring fra annen akuttjeneste.

Fortrinnsretten etter arbeidsmiljøloven § 14-3 kommer til anvendelse i denne saken.

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.

Nemnda har etter en konkret helhetsvurdering kommet frem til at det ikke er tilstrekkelig godtgjort fra arbeidsgivers side at det vil medføre en vesentlig ulempe for virksomheten å tilby A den utlyste stillingen. Arbeidsgiver har ikke konkretisert noen ulemper annet at de ønsker å ansette noen med lengre og litt annen erfaring enn det A har, slik at de kan videreutvikle den nyetablerte akuttposten. Lovens klare utgangspunkt er at det er arbeidsgiver som må godtgjøre en vesentlig ulempe, og ikke arbeidstaker som må godtgjøre at utøvelse av fortrinnsretten ikke vil medføre problemer for arbeidsgiver. Nemnda kan ikke se av sakens dokumenter at det her er godtgjort noen vesentlig ulempe. Det legges vekt på at A fra januar 2016 har arbeidet 100 prosent ved samme enhet som de utlyste stillingene er plassert.

Nemnda vil avslutningsvis bemerke at det er uheldig at arbeidsgiver ikke har gjennomført drøftinger i henhold til arbeidsmiljøloven § 14-3 (3).

## **Konklusjon**

Ansettelsene i de omstridte stillingene var i strid med arbeidstakers fortrinnsrett etter arbeidsmiljøloven § 14-3.

Tvisteløsningsnemnda

Anne Marie Due  
leder

03.07.2017

**Til orientering:**

Tvister som nevnt i §§ 10-13, 12-14, 14-3 og 14-4a 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).