

## **VEDTAK NR 04/15 I TVISTELØSNINGSNEMNDA**

**Tvisteløsningsnemnda avholdt møte onsdag 28. januar 2015.**

Ved behandlingen av saken var tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

### **Faste medlemmer**

Henning Harborg, leder  
Silje Hassellund Solberg, oppnevnt etter forslag fra LO  
Elisabeth Lea Strøm, oppnevnt etter forslag fra NHO

### **Særskilt oppnevnte medlemmer**

Tore Dahlstrøm, NSF  
Karin Erlimo, Oslo Universitetssykehus

### **Saken gjelder**

Tvist om fortrinnsrett for deltidsansatte etter arbeidsmiljøloven § 14-3

### **Arbeidstaker**

A

### **Arbeidsgiver**

B

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

### **Saksforhold**

A er ansatt som hjelpepleier i nattstilling på 49,3 prosent ved psykiatrisk klinikk på X sykehus, B.

A mener han som fast deltidsansatt har fortrinnsrett etter arbeidsmiljøloven § 14-3 til ekstraarbeid hos arbeidsgiver, herunder ekstravakter, overtid og andre kortvarige engasjementer (eksempelvis sommervikariat og juleengasjement). Han har fremmet flere klager i form av enkelttilfeller han mener å ha krav på. Han mener tvisteløsningsnemnda kan behandle disse tilfellene enkeltvis eller samlet som en prinsipiell sak. Han er først og fremst interessert i en prinsipiell avklaring på om deltidsansatte har fortrinnsrett til slikt ekstraarbeid.

Saken ble brakt inn for tvisteløsningsnemnda ved brev av 7. juni 2014. A har fremmet ytterligere krav i flere senere brev.

Videre har A søkt på ledige stillinger som tilkallingsvikar ved Bemanningssenteret. Søknaden ble avslått 1. juli 2014 med begrunnelsen at han som fast ansatt allerede hadde anledning til å ta ekstravakter ved sykehuset. Saken ble fremmet for nemnda ved brev av 29. juli 2014.

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

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidstaker:

- brev datert 7. juni 2014 med vedlegg
- brev datert 21. juni 2014 med vedlegg
- brev datert 30. juni 2014 med vedlegg
- brev datert 28. juli 2014 med vedlegg
- brev datert 18. juni (feildatert - skal være 18. august) 2014 med vedlegg
- brev datert 8. oktober 2014
- brev datert 11. oktober 2014 med vedlegg
- e-post av 15. oktober 2014
- brev datert 16. oktober 2014 med vedlegg
- brev datert 27. oktober med vedlegg
- brev datert 31. oktober 2014 med vedlegg
- brev datert 13. januar 2015
- e-post av 26. januar 2015 med vedlegg

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev av 20. august 2014 med vedlegg
- e-post av 21. januar 2015 med vedlegg

### **Arbeidstakers anførsler**

A anfører i det vesentligste:

#### *Fortrinnsrett til ekstravakter*

A har fremmet krav om fortrinnsrett til flere enkeltvakter som er fordelt til ekstrahjelper. Disse er ikke fast ansatt hos arbeidsgiver. Han mener dette utløser fortrinnsrett for ham som

deltidsansatt. Han har fremsatt flere klager for å vise omfanget og dermed betydningen en slik fortrinnsrett har for ham som deltidsansatt. Han ønsker ikke nødvendigvis en avgjørelse av fortrinnsretten i hvert enkelt tilfelle, men en prinsipiell avgjørelse av hva som er riktig forståelse av arbeidsmiljøloven § 14-3. I tråd med formålet til arbeidsmiljøloven § 14-3 vil også ekstravakter gi deltidsansatte økt arbeidsmengde og økt inntekt, og slik sett gi en reelt «utvidet stilling».

A mener at bruk av tilkallingshjelp må regnes som en «ny ansettelse» i hvert enkelt tilfelle. Tilkallingshjelpene regnes ikke som deltidsansatte da de ikke har avtale om en fast ukentlig arbeidstid. Dette er også i tråd med Bs egen tolkning, jf. personalreglementet. Deltidsansatte må derfor ha fortrinnsrett til ekstraarbeid foran tilkallingshjelper og andre former for midlertidig ansatte.

En utstrakt bruk av eksterne ekstravakter vil videre uthule deltidsansattes fortrinnsrett etter loven og vil også være en omgåelse av deltidsansattes rettigheter etter arbeidsmiljøloven § 14-4a. Det er mange ledige ekstravakter som fordeles til eksterne vikarer til tross for at de ville kunne kombineres med stillingen til interne deltidsansatte. Formelt sett innebærer ekstravakter for ham som deltidsansatt en «utvidet stilling», samtidig som ekstravakter utenfra må anses som «ny ansettelse» i henhold til lovens ordlyd.

A anfører at det ikke ligger innenfor arbeidsgivers styringsrett å fordele ledige vakter og engasjementer til arbeidstakere som ikke er ansatt fremfor til faste deltidsansatte. Han anfører at det har skjedd en endring i tildeling av vakter. Han får færre ekstravakter nå enn før og det er oftere helgevakter på kortere varsel. Samtidig får tilkallingshjelpene ekstraarbeid flere uker frem i tid. Tildeling av ekstravakter har økonomisk og faktisk betydning for ham som deltidsansatt over tid. Det anføres at ekstraarbeidet ved avdelingen utgjør 27,3 prosent av bemanningen på dag og aften. I mange tilfeller brukes personale uten formell kompetanse eller som er uten fast tilknytningsforhold til arbeidsgiver.

#### *Fortrinnsrett til overtidsarbeid*

A anfører videre at deltidsansatte også har fortrinnsrett til overtidsarbeid med mindre det foreligger lovmessige eller andre saklige grunner som tilsier begrensninger. Han mener ekstraarbeid i form av merarbeid og overtidsarbeid må regnes som midlertidige ansettelser etter arbeidsmiljøloven § 14-9. Betegnelsen «utvidet stilling» skiller ikke mellom fast og midlertidig stilling, slik at man vil ha krav på utvidelse i form av midlertidige ansettelser også, uavhengig av størrelse.

Han mener videre å ha krav på at det fordeles merarbeid til ham fremfor overtid til andre.

#### *Fortrinnsrett til engasjementer*

I tillegg hevder A fortrinnsrett til flere løse engasjementer, hvor arbeidsgiver har fordelt vakter til sykepleiere/vernepleiere som ikke er fast ansatt. Han mener disse engasjementene kunne latt seg kombinere med hans stilling og gi en større forutsigbarhet for ham som arbeidstaker. Det anføres at loven ikke stiller noe vilkår om at man må søke innen fristen. Det er tilstrekkelig å fremme krav om fortrinnsrett før tilsetting blir gjort.

A påklager videre manglende tildeling av vakter i sommerturnus. Han mener det ville vært mulig å tildele vakter slik at han fikk full stilling i sommerferieukene uten at dette ville medføre vesentlig ulempe for arbeidsgiver. A fremmer også klage på fordeling av helgevakter i sommerturnusen da han mener han har fått uforholdsmessig mye helgevakter. A anfører at

han må kunne prioritere hvilke vakter han ønsker å gå for å kunne redusere helgebelastningen mest mulig.

#### *Fortrinnsrett ved Bemanningssenteret*

B har et Bemanningssenter som A hevder aktivt promoterer fordeling av ekstraarbeid og andre midlertidige tilsetninger til ikke-ansatte, mens deltidsansatte ikke har muligheten til å være tilknyttet bemanningssenteret. Han mener organiseringen av Bemanningssenteret viser at det er fullt mulig å fordele ekstraarbeid på flere avdelinger uten at dette medfører en vesentlig ulempe.

A søkte på ledig stilling i Bemanningssenteret fordi dette ville gi større mulighet for vakter, større forutsigbarhet og større variasjon. Kun de som er tilsatt ved Bemanningssenteret har mulighet til å se ledige ekstravakter ved alle avdelinger i systemet som brukes ved sykehuset. Deltidsansatte har kun adgang til egen avdeling. A anfører at han ikke kan være avskåret fra en stilling ved Bemanningssenteret kun på grunn av at han er deltidsansatt ved sykehuset, men at han tvert imot har fortrinnsrett.

#### *Generelt*

Saken gjelder hvorvidt han har krav på fortrinnsrett til midlertidige ansettelser i form av ekstraarbeid og kortere engasjementer. Slike tvister må nødvendigvis avgjøres i ettertid, men har stor praktisk betydning for fremtiden. A mener dermed at han har en rettslig interesse i å få tvisten avgjort. Også for andre deltidsansatte vil saken ha prinsipiell betydning fordi den er praktisk viktig.

A anfører også at arbeidsgiver lett ville kunne omgå bestemmelsen i § 14-4a dersom deltidsansatte ikke har fortrinnsrett til ekstraarbeid og andre typer midlertidige tilsetninger. De vil da kunne fordele dette på tilkallingshjelpere og andre midlertidig ansatte som ikke har rett til utvidet stilling etter § 14-4a.

Prioriteringen mellom flere deltidsansatte med fortrinnsrett bør foregå i tråd med det ulovfestede kvalifikasjonsprinsippet. A mener tvisteløsningsnemnda må kunne overprøve åpenbart usaklig prioriteringer hos arbeidsgiver, og at det totalt sett er foretatt slike usaklige prioriteringer i denne saken.

A anfører videre at fortrinnsretten må gjelde i hele arbeidsgivers virksomhet og må være sammenfallende med arbeidsgivers rettssubjekt. Videre mener han det rimeligvis må være slik at man har fortrinnsrett ved seksjonen eller avdelingen man er ansatt i fremfor deltidsansatte ved andre seksjoner/avdelinger. A mener han også må ha fortrinnsrett ved andre avdelinger og at det må foretas en saklig prioritering mellom flere fortrinnsberettigede der dette forekommer. Det ulovfestede kvalifikasjonsprinsippet må gjelde ved tildeling av vakter og vikariater.

Han mener det må ha betydning i hans favør at arbeidsgiver ikke responderer på eller kommenterer hans provokasjoner om fremlegging av ytterligere dokumentasjon.

Tidligere tilbud om full stilling, se nemndas vedtak 35/14, avskjærer ikke fremtidige krav om fortrinnsrett. Full stilling dag/aften har en helt annen karakter enn nåværende krav om ekstravakter. Dette kan derfor ikke ha betydning.

### **Arbeidsgivers anførsler**

B anfører at A har fått tilbud om full stilling som hjelpepleier, og at arbeidsgiver dermed har imøtekommet hans krav om fortrinnsrett i henhold til arbeidsmiljøloven. A har imidlertid avslått tilbudet.

Til arbeidstakers krav om fortrinnsrett til ferievikariat anfører arbeidsgiver at A søkte etter søknadsfristen og at vikariatene da var besatt av andre søkere. Han fikk imidlertid imøtekommet sin søknad slik at hans stillingsprosent disse ukene ble økt til 96,25 prosent inkludert hans stilling på 49,3 prosent.

Når det gjelder fortrinnsrett til ledige vakter på tidspunkter som passer arbeidstaker, anfører arbeidsgiver at det ikke er hjemmel for slike krav. De mener dette vil overstyre arbeidsgivers styringsrett når det gjelder å planlegge, organisere og lede arbeidet ved seksjonen.

### **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).

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.

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.

Twisteløsningsnemnda har i en rekke tidligere saker tatt stilling til deltidsansattes fortrinnsrett til vikariater av ulike lengder. Nemndas praksis tilser dermed at fortrinnsretten etter § 14-3 også gjelder vikariater, ikke bare faste stillinger. Det foreligger imidlertid ingen praksis om **enkeltvakter** som blir fordelt fortløpende etter behov. Det er det siste som er temaet i denne saken.

Nemndas flertall, medlemmene Harborg, Strøm og Erlimo, har kommet til at fortrinnsretten etter § 14-3 ikke kan gjelde ekstravakter. Slike vakter kan verken anses som en «utvidet stilling» eller en «ny ansettelse» i § 14-3s forstand. Flertallet finner ikke holdepunkter i ordlyden, forarbeidene eller bestemmelsens formål for at slike vakter skal omfattes av bestemmelsen.

Det samme må gjelde de påberopte **engasjementene**, som slik nemnda har oppfattet det er satt sammen av ledige vakter i ferieperiodene. A fikk tildelt vakter i sommerukene tilsvarende en stilling på 96,3 prosent. Nemndas flertall kan ikke se at A hadde fortrinnsrett til ytterligere vakter slik at stillingen ville utgjort 100 prosent.

Flertallet kan heller ikke se at fortrinnsretten gir deltidsansatte fortrinn til arbeid som utløser **overtidsarbeid**. Som for ekstravakter finner ikke flertallet at ordlyden, forarbeidene eller formålet tilsier at fortrinnsretten kan gjøres gjeldende i slike tilfelle. Det ville også, slik

flertallet ser det, stride mot prinsippene om at overtidsarbeid i størst mulig grad skal begrenses. Dersom arbeidsgiver velger å sette inn ekstravakter der hvor det ellers ville blitt utløst overtid for de fast ansatte, må dette anses å være i tråd med intensjonene i arbeidsmiljøloven.

As krav om å prioritere hvilke vakter han ønsker slik at han eksempelvis får mindre helgevakter, finner ikke nemnda å kunne ta til følge. Dette må tilligge arbeidsgivers styringsrett så lenge fordelingen ligger innenfor lovens grenser for arbeidstid og helgearbeid.

Slik nemnda oppfatter det, er ekstravakter/tilkallingsvakter ved Bemanningssenteret ikke faste ansettelse. Disse driftes som et vikarbyrå som bemanner hele sykehuset ved behov. Tilkallingsvaktene inngår dermed midlertidige arbeidsavtaler for hvert oppdrag. Tvisteløsningsnemnda kan ikke se at fortrinnsretten etter § 14-3 gir krav på å være en del av denne gruppen.

Nemndas mindretall, medlemmet Solberg og Dahlstrøm, har kommet til at det i utgangspunktet ikke kan settes opp et slikt skille. Arbeidsgiver kan ikke se seg hørt med at fortrinnsretten er avskåret fordi det er i strid med arbeidsgivers styringsrett. Men også her må det foretas en ulempevurdering. 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.

Nemndas mindretall mener at arbeidstaker har fortrinnsrett til ekstravakter som innebærer om lag de samme arbeidsoppgavene som i hans faste stilling, fremfor at arbeidsgiver innhenter eksterne vikarer. Det er en forutsetning at han er kvalifisert for hver enkelt vakt. Arbeidstaker har videre kun fortrinnsrett til vaktene som lar seg kombinere med vaktene i hans ordinære arbeidsplan og som ikke overskrider grensene for alminnelig arbeidstid. Det er en forutsetning at arbeidstaker kan ta hele vekten. En oppdeling vil medføre en ulempe for arbeidsgiver som i de fleste tilfeller blir å anse som vesentlig da dette vil være veldig vanskelig å håndtere.

Lovens ordlyd sier at en deltidsansatt har fortrinnsrett til "utvidet stilling fremfor at arbeidsgiver foretar ny ansettelse i virksomheten". Det er tidligere lagt til grunn av nemnda at man kan hevde fortrinnsrett til vikariater. Dersom en arbeidstaker ikke skal kunne hevde fortrinnsrett også til enkeltvakter, blir det en utydelig grense for når man kan kreve fortrinnsrett. Det er jo også slik at i helsesektoren har man en utstrakt bruk av ekstravakter, og ekstravakter kan utgjøre en potensielt betydelig stillingsandel. Etter mindretallets syn må slike ekstravakter betegnes som en "utvidet stilling", jf arbeidsmiljøloven § 14-3 første ledd. Bruk av tilkallingsvikarer i slike vakter, må også i slike tilfeller anses som "ny ansettelse" i relasjon til den samme bestemmelsen. Det bemerkes at dette også er lagt til grunn i personalreglementet for B. Følgende fremgår eksempelvis av reglementet: "Arbeidsforholdet anses for avsluttet etter hver avtale".

Det motsatte syn åpner dessuten for en omgåelse fra arbeidsgivers side av viktige prinsipper i arbeidsmiljøloven. Arbeidstakere skal ansettes fast, og man skal ha størst mulig stillingsprosent dersom det er behov for arbeidskraft. Arbeidsgivers praksis bidrar til at det blir flere arbeidstakere uten fast ansettelse. A har også erfart at han får færre vakter etter at bemanningssenteret ble opprettet, og at tilkallingsvakter via bemanningssenteret prioriteres fremfor han som er deltidsansatt.

Det at arbeidstaker tidligere har fått tilbud om 100 prosent stilling, kan etter mindretallets syn ikke være avgjørende i denne saken når man skal vurdere fortrinnsrett til enkeltvakter som oppstår fortløpende.

Videre sier bestemmelsen i arbeidsmiljøloven § 14-4a at deltidsansatte har rett til stilling tilsvarende faktisk arbeidstid. Dersom arbeidsgiver skal kunne velge å gi ledige vakter til arbeidstakere som ikke har noe fast ansettelsesforhold ved sykehuset, altså tilkallingsvakter, uthuler arbeidsgiver bestemmelsen.

Til slutt tilsier også "fra det mer til det mindre-betraktninger" en slik tolkning. Dersom arbeidsgiver plikter å tilby en større stillingsprosent ved ledighet, er mindretallet av den oppfatning at kommunen også er forpliktet til å tilby enkeltvakter.

Mindretallet kan heller ikke se at ulempen for øvrig er så vidt stor for arbeidsgiver at de ikke plikter å tilby ledige vakter til dem som er deltidsansatte. Nemnda har i sin tidligere praksis lagt til grunn et skille mellom det som utgjør en generell ulempe for arbeidsgiver og det som utgjør en konkret ulempe i det aktuelle tilfellet. For at man skal anse at fortrinnsretten innebærer en "vesentlig ulempe", må det foreligge en slik konkret ulempe. Det bemerkes at det er en viss administrering som uansett skal til for å få bemanning til ekstravaktene. Mindretallet kan ikke se at ulempen med først å tilby disse vaktene til dem som allerede er deltidsansatte, utgjør en "vesentlig ulempe". Det vises også til nemndas avgjørelse vedtak 03/08 når det gjelder denne vurderingen.

De samme vurderingene må anses å gjelde i forhold til **engasjementer**, og det må foretas en ulempevurdering dersom engasjementene ikke lar seg kombinere med arbeidstakers opprinnelige stilling. A fikk tildelt vakter i sommerukene tilsvarende en stilling på 96,3 prosent. Mindretallet finner det vanskelig å ta stilling til hvorvidt enkelte av de øvrige vaktene kunne vært tildelt A, og har heller ikke tatt stilling til dette i lys av flertallets konklusjon.

### **Konklusjon**

Arbeidstaker gis ikke medhold.

Tvisteløsningsnemnda

Henning Harborg  
leder

Oslo, 10.02.2015

### **Til orientering:**

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