

## **VEDTAK I TVISTELØSNINGSNEMNDA**

**For behandling av sak nr. 19/2006 i tvisteløsningsnemnda, ble det den 12.10.06 avholdt møte i Arbeidstilsynets Oslo sine lokaler Stenersgaten 1, Oslo**

### **Tvisteløsningsnemndas faste medlemmer**

Seniorrådgiver Hanne Inger Bjurstrøm (leder), Advokat Elisabeth Lea Strøm (NHO), Advokat Anette (LO)

### **Særskilt oppnevnte medlemmer**

Advokat Tore Dahlstrøm (Norsk Sykepleierforbund)  
Advokat Børge Benum (Kommunenes interesse- og arbeidsgiverorganisasjon)

### **Saken gjelder**

Tvist om fortrinnsrett for deltidsansatte etter arbeidsmiljøloven § 14-3

### **Arbeidstaker**

A

### **Arbeidsgiver**

B

### **Det ble truffet slikt**

### **vedtak:**

#### **Sakens bakgrunn**

A har vært fast ansatt som sykepleier i B fra 01.01.03. Fra midten av september 2004 har hun hatt fast 50 % stilling som nattevakt. A har jevnlig søkt om utvidelse av stillingen til inntil 100 % og hun har registrert sitt ønske om stillingsutvidelse i kommunens vikarbank. Fra midten av april 2005 og frem til begynnelsen av august 2006 hadde hun et vikariat som nattevakt i 35,21 % stilling i tillegg til sin faste 50 % stilling.

I slutten av mars 2006 ble det utlyst en 50 % nattevaktstilling i B, med arbeidssted ved X hvor A har sin 50 % faste stilling. A og en annen sykepleier i kommunen med arbeidssted ved X, (C, jf. tvisteløsningsnemndas sak nr. 18/2006) søkte i begynnelsen av april 2006 om å få dele den utlyste stillingen med 25 % stillingsandel hver. Søknaden fra A ble avslått i brev fra kommunen datert 31.05.06.

På telefon den 04.10.06 opplyser kommunen at stillingen ble besatt av en ekstern søker.

### **Arbeidstakers anførsler**

A er uenig med kommunen om at fortrinnsrett ikke kan gjøres gjeldene. A anfører følgende mot kommunens argumentasjon i saken:

Til kommunens argument om at man må vurdere den aktuelle stillingen spesielt, og ikke se den som en generell tilsetning i kommunen, anfører A at alle i kommunen har like rettigheter og skal likestilles i den aktuelle saken. Kommunens anførsel vil medføre forskjellsbehandling i forhold til sammenlignbare tilsetninger som er gjort i kommunen.

A tilbakeviser kommunens henvisning til Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) kap. 17.2.6 s 227, hvor det fremgår 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 stilling. Kommunen argumenterer her mot sitt tilsetningsreglement som spesifiserer at kommunen skal ivareta hovedtariffavtalen hvor det fremgår at ansettelse ikke må være betinget av at deltidsansatte overtar hele den ledige stillingen. På bakgrunn av denne bestemmelsen kunne A fått tilbud om utvidelse av sin stilling med 25 %, uavhengig av om den resterende del av den utlyste stillingen ble besatt. A ble heller ikke spurt om hun var interessert i hele den utlyste stillingen.

Arbeidsgiver kunne ha unngått at det ble en ubesatt rest av den utlyste stillingen ved å imøtekomme ønske fra A og den andre søkeren om å dele stillingen. A tilbakeviser kommunens påstand om at deling ikke ville være faglig forsvarlig fordi den andre søkeren ikke er ansatt i enheten hvor stillingen er plassert. Hun viser her til at den andre søkeren har arbeidet sammenhengende i kommunen fra 1986 og at vedkommende har hatt mange ekstravakter i hele kommunen. Den andre søkeren har derfor god oversikt over brukerne av kommunens pleie- og omsorgstjenester, i tillegg til økt kompetanse i form av videreutdanning i geriatri og sykepleie til alvorlig syke. Dersom deling av den utlyste stillingen hadde blitt akseptert, ville det faglige innholdet i tjenesten blitt styrket i form av bedre kontinuitet og økt kompetanse. A påpeker at den som ble ansatt i stillingen er helt ny i distriktet.

A påpeker videre at kommunen i utstrakt grad bruker små helgestillinger, sporadiske ekstravakter og ufaglærte i pleie- og omsorgssektoren. Kommunen har således et stort antall deltidsansatte ved at 22 personer er tilsatt i under 50 % stilling, noe som kommunen i henhold til internt notat ser på som et problem. Ved å la A og den andre deltidsansatte søkeren få dele den utlyste stillingen, og dermed øke sin stillingsprosent til 75 %, kunne kommunen gjort noe for å imøtekomme utfordringene i det interne notatet. A tilbakeviser kommunens påstand om at bruk av ekstravakter og små stillingsbrøker ikke blir brukt på nattevakter. Det nye med den aktuelle saken er at her dreier seg om en fast stillingsandel.

Til kommunens bemerkning om at tillitsmannsrepresentanten fra Norsk Sykepleierforbund var tilstede og ga sin tilslutning, anfører A at prosessen ikke er gjennomført på riktig måte.

### **Arbeidsgivers anførsler**

B anfører at fortrinnsretten for deltidsansatte ikke kan kreves i det konkrete tilfellet ut fra følgende begrunnelse:

Ved tilsetningen var det faglige argumentet avgjørende. Kommunen fremhever at man må se på den aktuelle stillingen spesielt, og ikke som en generell tilsetning i kommunen slik det er blitt anført av A. Hun henviser til tilsetningsreglementet hvor det fremgår følgende; "Det er ingen forutsetning at den deltidstilsatte skal måtte ta hele den ledige stillingen". Rent generelt og som et overordnet mål ser kommunen på henvisningen som viktig, men det er opp til arbeidsgiver og vurdere det faglige aspektet ved enhver tilsetning.

Kommunen så på søknaden som et ønske om økning med 25 % stilling. Dersom A var blitt ansatt i 25 % stilling ville det blitt igjen en nattstilling på 25 %, dvs. 3 til 4 netter på fire uker. Det er kun to personer på arbeid, og av disse er kun en sykepleier. Vedkommende sykepleier har da et faglig ansvar for 21 institusjonsbrukere, 23 omsorgshjem, pluss alle hjemmebrukere i distriktet. Brukerne i kommunehelsetjenesten i dag har ofte komplekse utfordringer, og det setter store krav til kontinuitet. Kontinuiteten blir for dårlig med så få vakter pr måned. Dersom en intern søker fra samme distrikt hadde ønsket å dele på stillingen ville denne lettere vært kvalifisert. Situasjonen ville da vært en annen og A ville blitt tilsatt i 25 % stilling. Uten andre kvalifiserte søkere ville gjenværende stilling blitt på 25 % natt, noe som ikke ville være forsvarlig rent sykepleierfaglig. Kommunen anfører videre at heller ikke Norsk Sykepleierforbund generelt tilrår oppdeling av større stillingsprosenter til flere mindre stillinger.

Kommunen erkjenner at det ved sykdom, permisjoner etc. blir brukt ekstravakter som ikke er godt kjent med rutinene, men dette er unntaksvis og ikke en tilfredsstillende løsning. Kommunen prøver å unngå ekstravakter når det lar seg gjøre. Det brukes små stillingsbrøker i helgene, og også elles, men det gjelder kun dagvakter. Ved tilsetting av nattvakter stiller kommunen helt andre krav til kjennskap om rutiner da disse arbeidstakerne ikke har noen andre å rådføre seg med.

Det vises også til at den nytilsatte er kvalifisert og har sagt seg villig til å ta kveldsvakter i distriktet i tillegg til sine ordinære vakter. Dette er det stort behov for, spesielt om sommeren da det er lav sykepleierdekning. Kommunen får dermed tilført en sykepleierressurs også til andre udekte vakter.

Tillitsmannsrepresentanten fra Norsk Sykepleierforbund var tilstede ved tilsettingen og står fullt ut bak vedtaket som er gjort med bakgrunn i faglige vurdering.

### **Tvisteløsningsnemndas 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 er fire uker etter at arbeidsgiver avslo krav fra arbeidstaker, jf. forskrift om tvisteløsningsnemnd etter arbeidsmiljøloven § 3, tredje ledd. Søknaden om fortrinnsrett for A ble avslått av kommunen i brev av 31.05.06. A brakte tvisten inn for tvisteløsningsnemnda i brev av 11.06.06. 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. 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. Ved vurderingen av om arbeidstaker er kvalifisert kan det, i henhold til lovens forarbeider, tas hensyn til både faglige og personlige forutsetninger.

Kommunen har ikke reist tvil om at A er kvalifisert for den utløyste stillingen. Tvisten knytter seg til hvorvidt det foreligger en vesentlig ulempe for kommunen at A utøver fortrinnsretten.

Hva som ligger i begrepet *vesentlig ulempe* er ikke nærmere definert i loven. Av lovens forarbeider, Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) kap. 17.2.6 s. 227, fremgår det at dette vil dette bero på en konkret vurdering av om utøvelse av fortrinnsretten i det enkelte tilfelle vil gi urimelige utslag for virksomheten. I henhold til de nevnte forarbeider vil forbeholdet om vesentlig ulempe blant annet innebærer 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 stilling. Dersom den utlyste stillingen kun er en mindre stillingsbrøk som kan kombineres med den deltidstilling arbeidstakeren allerede har, er utgangspunktet at vedkommende kan utøve fortrinnsrett. Virksomhetens behov for å ansette *flere* personer for å unngå å komme i konflikt med lovens regler om ukentlig hvile, mv., kan imidlertid i slike tilfeller tilsi at vilkårene for utøvelse av fortrinnsrett likevel ikke er tilstede. Det kan også være relevant for arbeidsgiver å påberope seg at fortrinnsretten fører til vesentlig ulempe for de øvrige arbeidstakerne, f. eks i form av at disse får et betydelig innslag av arbeid på ubekvemme tidspunkter (natt eller søndagsarbeid) fordi det er færre personer å dele arbeidet på.

Nemnden legger etter dette til grunn at en 25 % reststilling isolert vil utgjøre en vesentlig ulempe for kommunen i lovens forstand. Nemnda forstår imidlertid loven slik at det også for dette tilfellet må foretas en konkret vurdering i forhold til hvorvidt en slik reststilling utgjør en vesentlig ulempe for arbeidsgiver. Det er på det rene at det i denne saken har vært gjort gjeldende fortrinnsrett for den andre halvparten av den ledige stillingen (jf. tvisteløsningsnemndas vedtak i sak nr. 18/2006) fra en annen kvalifisert søker med ansettelsessted ved X. Det er opplyst i saken at det i de to aktuelle søknadene fremkom at søkerne ønsket å dele denne stillingen med 25 % hver. At dette var en realitet bekreftes videre av det faktum at begge disse søkerne har innbrakt det forhold at de ikke fikk stillingen til tvisteløsningsnemnda. På denne bakgrunn legger nemnda til grunn at kommunen i denne konkrete saken, allerede ved behandlingen av de aktuelle søknadene var klar over at man ikke ville bli sittende igjen med en reststilling på 25 %. Etter nemndas syn innebærer derfor ikke den omstendighet at fortrinnsretten her bare gjøres gjeldende for halvparten av stillingen noen vesentlig ulempe for kommunen. Nemnda vil understreke at dette resultatet bygger på en konkret vurdering basert på den omstendighet at man her har å gjøre med to kvalifiserte søkere, med forholdsvis lang fartstid i kommunen, som klart har uttrykt ønske om å dele den aktuelle stillingen. På denne bakgrunn er nemnda kommet til at det ikke vil innebære en vesentlig ulempe for kommunen at A utøver sin fortrinnsrett til den ledige stillingen.

Medlemmet Dahlstrøm har bedt om følgende særmerknad: "Når det oppstår tvist om fortrinnsrett for deltidsansatte etter arbeidsmiljøloven § 14-3, fjerde ledd må arbeidsgiver, etter mitt syn, forutsetningsvis avvente tilsetning inntil tvisteløsningsnemnda har avgjort tvisten. En slik forutsetning synes også å fremgå av en naturlig fortolkning av loven og lovens formål. Det følger av arbeidsmiljøloven § 14-3, fjerde ledd at tvist om fortrinnsrett skal "avgjøres" av tvisteløsningsnemnda. Det fremgår videre av arbeidsmiljøloven § 17-2, annet ledd at nemndas konklusjon skal stå ved lag ved eventuell domstolsprøving. En annen forståelse av loven innebærer at disse bestemmelsene vil være uten realitet for arbeidstaker, ut over muligheten til å kreve erstatning. En slik konsekvens kan ikke være i samsvar med lovens formål om å styrke arbeidstakers rett til å få utvidet stillingsbrøk ved uønsket deltid. Det vises i den forbindelse til Ot.prp.nr. 49 (2004-2005) kapittel 17.2.6. Departementet har også vist til at fortrinnsretten kan være et viktig likestillingspolitisk tiltak."

### **Konklusjon**

A har rett til å utøve fortrinnsrett etter arbeidsmiljøloven § 14-3.

Vedtaket er enstemmig.

Tvisteløsningsnemnda

Hanne Inger Bjurstrøm  
leder

Oslo, 06.11.06

**Til orientering:**

Twist 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.