

## **VEDTAK NR 49/08 I TVISTELØSNINGSNEMNDA**

Twisteløsningsnemnda avholdt møte torsdag 18. september 2008 i departementsbygning R5 i Akersgata 59, Oslo.

I møtet var tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

### **Faste medlemmer**

Henning Harborg (leder),  
Tor Brustad (NHO)  
Anette Lunde Barlinn (LO)

### **Særskilt oppnevnte medlemmer**

Børge Benum, KS  
Cathrine Cruse Hennig, NSF

### **Saken gjelder**

Twist om fortrinnsrett for deltidsansatt etter arbeidsmiljøloven § 14-3

### **Arbeidstaker**

A

### **Arbeidsgiver**

B

Det ble truffet slikt

### **vedtak:**

### **Saksforhold**

A har fra 1. september 1989 vært ansatt som sykepleier ved B. Per i dag er A fast ansatt som operasjonssykepleier ved operasjonsavdelingen i 90 prosent stilling.

I januar 2008 fikk B tildelt ekstra midler til 1,6 årsverk for operasjonssykepleier i henhold til tiltaksplan for 2008. Årsverket ble fordelt på to 80-prosentstillinger.

A ble i desember 2007 informert av sin avdelingsleder om at sykehuset ville bli tildelt ekstramidler og at det i denne forbindelse ville bli ledig en 80-prosentstilling ved operasjonsavdelingen. På denne bakgrunn krevde A i brev av 3. januar 2008 fortrinnsrett til utvidet stilling fra 85 prosent til 100 prosent.

A mottok svar på sitt krav ved brev av 15. april 2008. I brevet opplyses at det per dato for brevet ikke er ledig stilling for stillingsøkning, men at A vil bli vurdert ved eventuell ledig stilling. A fikk således avslag på sitt krav om utvidet stilling.

Bakgrunnen for at A ikke fikk utvidet stilling er:

Den ene av de to 80-prosentstillingene ble gitt til en nyutdannet operasjonssykepleier som hadde 100 prosent stilling ved kirurgisk dagavdeling, uten at stillingen på 80 prosent ble utlyst internt eller eksternt. Vedkommende beholdt 20 prosent stilling ved kirurgisk dagavdeling, slik at hun fremdeles hadde 100 prosent stilling til sammen.

Den andre 80-prosentstillingen ble utlyst internt og eksternt to ganger, første gang i slutten av januar 2008 og andre gang 29. februar 2008. Ved den første utlysningen var det kun en eksternt søker i tillegg til A som intern søker, men den eksterne søkeren trakk etter hvert sin søknad. Også ved andre gangs utlysning var det kun en eksternt søker i tillegg til A som intern søker, og den eksterne søkeren ble tilsatt i stillingen.

A aksepterte ikke avslaget og brakte saken inn for tvisteløsningsnemnda ved brev av 3. mai 2008. Brevet ble innstempet hos Arbeidstilsynet 14. mai 2008.

Etter at saken ble brakt inn for nemnda har A fått utvidet sin stilling ved operasjonsavdelingen fra 85 til 90 prosent. Stillingsutvidelsen skyldes at det våren 2008 ble ledig en stillingsandel på 25 prosent ved B. A fikk 5 prosent av denne stillingsandelen, og den nyutdannede operasjonssykepleieren som fikk den ene 80-prosentstillingen som ble opprettet i forbindelse med tildeling av ekstramidler fikk de resterende 20 prosentene. Per i dag har sistnevnte således 100 prosent stilling ved operasjonsavdelingen.

Stillingsandelen på 25 prosent ble ikke utlyst verken internt eller eksternt.

Overfor nemnda har begge parter fått anledning til å komme med utfyllende merknader i saken. Det vises i denne forbindelse til brev av 9. juli 2008 fra A, samt brev av 30. mai 2008 og 24. juli 2008 fra B.

### **Arbeidstakers anførsler**

A anfører i det vesentligste:

Hun har tidligere vært ansatt 100 prosent stilling, men måtte gå ned i 85 prosent stilling på grunn av omsorg for små barn.

A mener at hun gjentatte ganger har blitt forbigått av operasjonssykepleiere med lavere ansiennitet når vurderinger av økt stillingsandel har vært foretatt, og tillegg har hun ikke kommet i betraktning når nye stillinger har vært utlyst.

I brev av 3. januar 2008 søkte A på 100 prosent stilling for å komme i betraktning før ledig stilling på 80 prosent ble utlyst eksternt.

Til tross for spørsmål og mange purringer fikk hun ikke svar fra sykehuset før 15. april 2008 og etter at den ledige stillingen var utlyst eksternt. I mellomtiden var det allerede satt i verk en prosess med rekruttering og nytilsetting av operasjonssykepleier i samme type stilling som den hun søkte (den andre 80-prosentstillingen som ble opprettet i forbindelse med tildeling av ekstra midler).

A mener at hun ikke blir vurdert når ledige stillingshjemler dukker opp, noe som har blitt en personlig belastning som grenser til en følelse av å være mobbet av arbeidsgiver. Dette fordi arbeidsgiver ikke svarer på søknader om stillingsutvidelse og heller ikke innfrir tidligere løfter om økning av stillingsandelen.

Etter at saken ble innbrakt for tvisteløsningsnemnda, har en kollega sagt opp 25 prosent av sin faste stilling som operasjonssykepleier. Det ble ikke foretatt intern eller eksternt utlysning av stillingen som dermed ble ledig, og det medførte at A ble fratatt muligheten til å hevde fortrinnsrett til denne stillingen. En annen operasjonssykepleier med kortere ansiennitet enn A er lovet 20 prosent av stillingsandelen på 25 prosent, og A har kun fått de resterende 5 prosentene med iverksettelse fra 1. juli 2008.

A mener at hun på nytt er forbigått, noe som oppleves som krenkende. Hun ønsker fortsatt 100 prosent stilling, og det har arbeidsgiver lenge vært klar over.

### **Arbeidsgivers anførsler**

B anfører i det vesentligste:

Sykehuset har overholdt arbeidsmiljøloven og har behandlet saken på riktig måte.

I tiltaksplanen for 2008 er det besluttet å øke den kirurgiske aktiviteten ved sykehuset. På denne bakgrunn fikk sykehuset i januar 2008 tildelt ekstra midler til 1,6 årsverk for operasjonssykepleier. Forutsetningen var at sykehuset fikk på plass tre operasjonsteam (økning fra to til tre team), noe som gjorde det nødvendig med ytterligere to operasjonssykepleiere. Av den grunn ble årsverket på 1,6 operasjonssykepleier fordelt på to nye 80-prosentstillinger.

For å kunne rekruttere operasjonssykepleier betalte sykehuset et utdanningsstipend for en sykepleier som arbeidet ved kirurgisk dagavdeling, og som hadde 100-prosentstilling ved denne avdelingen. Hun hadde fortrinnsrett til ledig stilling ved operasjonsavdelingen fordi hun allerede hadde 100-prosentstilling ved sykehuset.

Vedkommende var ferdig utdannet operasjonssykepleier i februar 2008 og fikk da den ene av de to 80-prosentstillingene. Sykehuset valgte å ikke gi henne 100 prosent stilling, fordi det ville medført at det kun ville være til overs en 60 prosent stilling av det samlede årsverket på 1,6 stillinger. I denne forbindelse vurderte sykehuset det som helt nødvendig å ha en høyest mulig stillingsandel ved rekrutteringen i den andre stillingen som måtte besettes ved nyansettelse.

Sykehuset klarte heldigvis å rekruttere ytterligere en operasjonssykepleier i 80 prosent stilling og har nå på plass det nødvendige personalet. Dersom sykehuset ikke hadde klart å rekruttere ytterligere en operasjonssykepleier, ville det ha betydd en vesentlig ulempe for virksomheten.

På bakgrunn av forutsetningene for tildeling av årsverket på 1,6 operasjonssykepleier har sykehuset dessverre ikke hatt mulighet til å kunne øke A stillingsandel.

Årsaken til at A heller ikke tidligere har fått høyere stillingsandel er at sykehuset har gitt nåværende ansatte videreutdanning i operasjonssykepleie, og at de har fått overført sine årsverk til operasjonsavdelingen når det har blitt ledige stillinger der.

Det ble våren 2008 ledig en 25 prosent stilling ved sykehuset. Den nyutdannede operasjonssykepleieren som tidligere hadde fått en av de to ledige 80 prosent stillingene, fikk 20 prosent av den ledige stillingsandelen på 25 prosent. Per i dag har hun således 100 prosent stilling ved operasjonsavdelingen.

A fikk den resterende stillingsandelen på 5 prosent og har 90 prosent stilling ved operasjonsavdelingen per i dag.

### **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 avsto krav fra arbeidstaker, jf forskrift om tvisteløsningsnemnd etter arbeidsmiljøloven § 3 tredje ledd.

Ved brev av 15. april 2008 avsto arbeidsgiver krav fra A om fortrinnsrett til utvidet stilling fra 85 til 100 prosent. Saken ble brakt inn for tvisteløsningsnemnda ved brev datert 3. mai 2008. Innstemplingsdato hos Arbeidstilsynet er 14. mai 2008.

På denne bakgrunn anses saken 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.

B har ikke reist tvil om A kvalifikasjoner til å inneha 100 prosent stilling som operasjonssykepleier. Tvisten gjelder om det ville medført en vesentlig ulempe for arbeidsgiver dersom A hadde fått utvidet sin stilling til 100 prosent i forbindelse med at det i januar 2008 ble opprettet to nye 80-prosentstillinger som operasjonssykepleier ved sykehuset.

Nemnda vurderer saken slik:

Den ene ledige 80-prosentstillingen ble gitt til en sykepleier som ble overført fra en av de andre avdelingene ved sykehuset til operasjonsavdelingen uten at stillingen ble utlyst internt eller eksternt. Denne sykepleieren hadde mottatt stipend fra sykehuset for å videreutdanne seg til operasjonssykepleier, og var ferdig med denne utdanningen. Dette var altså en ren intern forflytning av en sykepleier fra en avdeling til en annen. Etter arbeidsmiljøloven § 14-3 er det et vilkår for utøvelse av fortrinnsretten at virksomheten skal foreta en *ny ansettelse*, noe den interne forflytningen som skjedde i dette tilfellet etter nemndas oppfatning ikke kan anses som. På denne bakgrunn hadde ikke A fortrinnsrett til 80-prosentstillingen som ble gitt til kollegaen ved kirurgisk dagavdeling.

Den andre ledige 80 prosent stillingen ble utlyst internt og eksternt, og stillingen ble besatt av eksternt søker. Nemnda legger til grunn at det i denne stillingen ble foretatt en ny ansettelse. A kan derfor utøve fortrinnsrett til denne stillingen etter arbeidsmiljøloven § 14-3, med mindre utøvelse av fortrinnsretten vil være til vesentlig ulempe for virksomheten.

Sykehuset har anført at det ville innebære en vesentlig ulempe å gi 20 prosent av den utlyste 80-prosentstillingen til A, fordi det var en forutsetning for ekstramidlene som ble tildelt i januar 2008 at det skulle ansettes ytterligere en operasjonssykepleier slik at antall operasjonsteam kunne økes fra to til tre. I denne forbindelse vurderte sykehuset det som helt nødvendig å utlyse stillingen med høyest mulig stillingsandel, det vil si 80 prosent, for å kunne ha mulighet til å få på plass ytterligere en operasjonssykepleier.

Nemnda finner ikke tilstrekkelig grunnlag for å overprøve sykehusets vurderinger og legger således til grunn at det ville innebære vesentlig ulempe å gi 15 prosent av den utlyste 80-prosentstillingen til A. Det vises også til lovforarbeidene, hvor det fremgår at deltidsansatt som gjør fortrinnsrett gjeldende ikke kan velge å søke en andel eller brøk av den utlyste stillingen, men må akseptere hele den utlyste stilling. Begrunnelsen er at deling av stilling som hovedregel vil utgjøre en vesentlig ulempe for arbeidsgiver. Nemnda kan ikke se noen konkrete omstendigheter som skulle tilsi unntak fra hovedregelen i denne saken. Nemnda finner altså at deling av stilling i det foreliggende tilfellet ville vært til vesentlig ulempe for sykehuset.

Etter at saken ble brakt inn for nemnda ble det ledig en stilling på 25 prosent ved sykehuset, og A fikk 5 prosent av denne. Nemnda oppfatter det slik at A i brev av 9. juli 2008 hevder fortrinnsrett til de resterende 15 prosent av stillingen, men fristen er utløpt for å få dette kravet prøvet av nemnda. Under enhver omstendighet kan ikke nemnda se at A har fortrinnsrett etter loven i dette tilfellet, fordi det heller ikke i denne stillingen ble foretatt en ny ansettelse i lovens forstand.

### **Konklusjon**

A gis ikke medhold.

Tvisteløsningsnemnda

Henning Harborg  
leder

Lillestrøm, 17.12.2008

### **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.