

## **VEDTAK NR 88/09 I TVISTELØSNINGSNEMNDA**

**Tvisteløsningsnemnda avholdt møte torsdag den 5. november 2009 i  
Departementsbygning R5, Akersgata 59, Oslo.**

Ved behandlingen av saken var tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

### **Faste medlemmer**

Hilde Enger, leder (vara)  
Haakon Skaug, LO  
Elisabeth Lea Strøm, NHO

### **Særskilt oppnevnte medlemmer**

Tore Dahlstrøm, NSF  
Sine Kari Braanaas, Vestre Viken HF

### **Saken gjelder**

Tvist om fortrinnsrett for deltidsansatte etter arbeidsmiljøloven § 14-3

### **Arbeidstaker**

A

### **Arbeidsgiver**

B

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

### **Saksforhold**

A er fast ansatt i stilling på 50 prosent som jordmor ved B, med arbeidssted Kvinneklinikken føde/barsel, B.

I juni 2009 ble det lyst ut to faste jordmorstillinger på 50 prosent. A søkte på begge stillingene i brev 21. juni 2009. Han fikk avslag på søknaden i brev 13. juli 2009 på bakgrunn av behovet for å dekke helgebemanningen. Det ble ansatt to vikarer i stillingene.

Kvinneklinikken har 46,75 jordmorstillinger i turnus, av disse har 18 stillinger på 100 prosent, 19 stillinger på 75 prosent og 29 stillinger på 50 prosent. Turnusplanen er basert på at ingen skal jobbe mer enn hver tredje helg.

Saken ble brakt inn for tvisteløsningsnemnda ved brev av 13. juli 2009. Overfor nemnda har begge parter fått anledning til å komme med utfyllende merknader i saken.

Det foreligger følgende dokumenter fra arbeidstakersiden:

- brev av 13. juli 2009 med vedlegg
- brev av 28. august 2009
- brev av 24. september 2009

Det foreligger følgende dokumenter fra arbeidsgiversiden:

- brev av 28. august 2009 med vedlegg
- brev av 24. september 2009

### **Arbeidstakers anførsler**

A mener det ikke ville medføre vesentlige ulemper for arbeidsgiver å utvide hans stilling til 50 prosent, og anfører i det vesentligste:

A viser til nemndas praksis om at problemer med å få turnusen til å gå opp anses om generelle utfordringer i helsevesenet, og at det må dokumenteres ulemper utover dette. I tillegg er det uheldig og i strid med lovgivers ønsker å belage seg på en bemanning der flere enn halvparten skal være deltidsansatte. Han mener at arbeidsgiver bør gjøre seg attraktiv for kompetent personale gjennom å tilby stillinger på 100 prosent.

A mener også at arbeidsgiver kunne avhjulpet problemet med helgebemanning med å tilby ham den ene faste stillingen på 50 prosent og i stedet lyst ut hans vikariat på 50 prosent sammen med den resterende faste stillingen på 50 prosent.

A anfører at hans avdeling har vesentlig lavere andel av sine fast ansatte jordmødre i stillinger på 100 prosent sammenlignet med de to andre fødeavdelingene ved sykehuset. Det er ingen vesentlig forskjell på disse avdelingene som tilsier at det ikke skulle være mulig å få helgebemanningen til å gå opp også ved hans avdeling.

### **Arbeidsgivers anførsler**

Fødeavdelingen er i hovedsak basert på øyeblikkelig hjelp og har derfor liten forskjell på bemanningen hverdag og helg. Sykehuset anfører at deres største utfordring er å opprettholde nødvendig kompetanse på alle vakter gjennom uken. Dette fordi det er en kompleks

fødeavdeling med spesielle grupper fødende kvinner som hører til deres ansvarsområde. Det er svært vanskelig å få kompetent personell ved fravær som ikke er planlagt, og det brukes noen eksterne jordmødre samt et vikarbyrå. Vaktbelastningen på den enkelte jordmor er stor og gjennomsnittsalderen på jordmødrene er 45,7 år. En ytterligere økning av vaktbelastningen anses som en vesentlig ulempe både for den enkelte og for arbeidsmiljøet generelt.

Det har blitt gjort forsøk på å stimulere til hyppigere helgearbeid enn hver tredje helg uten at dette har lyktes.

I forhold til As anførsel om at helgebemanningen ikke vil bli berørt dersom noen andre tar over hans vikariat, er dette korrekt for øyeblikket, men dette vikariatet er halvparten av en stilling på 100 prosent og det vil derfor oppstå et problem når denne jordmoren går tilbake i sin stilling.

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

Søknaden om fortrinnsrett for A ble avslått av arbeidsgiver i brev av 13. juli 2009. A brakte tvisten inn for tvisteløsningsnemnda i brev av samme dato. 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.

Nemnda vil bemerke at det ikke er anført at A ikke er kvalifisert for arbeidsoppgavene stillingen krever.

Fortrinnsretten er videre betinget av at utøvelse av retten ikke vil innebære vesentlige ulemper for virksomheten. Hva som ligger i begrepet vesentlig ulempe er ikke nærmere definert i loven. Av lovens forarbeider, Ot prp nr. 49 (2004-2005) kapittel 17.2.6 side 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. Dersom den utlyste stillingen kun er en mindre stillingsbrøk som kan kombineres med den deltidsstilling arbeidstakeren allerede har, er utgangspunktet at vedkommende kan utøve fortrinnsrett.

Arbeidsgivers anfører at det ikke vil være tilstrekkelig bemanning for å dekke opp turnusen dersom A hadde fått fortrinnsrett til den ledige stillingen. Nemndas flertall, medlemmene Enger, Skaug og Dahlstrøm, er enig i at det vil være en ulempe for arbeidsgiver, men spørsmålet er om den er vesentlig i lovens forstand.

Arbeidsgiver har ikke anført noen annen ulempe enn at utvidelse vil medføre vanskeligheter med å få turnusen til å gå opp, og har ikke vist at dette skyldes en spesiell situasjon eller særskilte problemer ved denne avdelingen. Tvert imot tyder opplysningene i saken på at

bemanningsproblemene er av varig karakter, og at deltidsansatte ikke vil kunne påregne utvidelser utenom i helt sjeldne tilfeller der en av de få fulle stillingene blir ledig. Det bemerkes at Kvinneklinikken har 46,75 jordmorstillinger som er besatt av 66 jordmødre. Dette innebærer at arbeidsgiver baserer seg på en varig situasjon der mer enn to av tre ansatte må arbeide deltid for at arbeidsgiver skal kunne fylle sin turnus. Etter flertallets oppfatning er dette som varig løsning uheldig, og i strid med de ønsker lovgiver gir uttrykk for bl.a. gjennom § 14-3. I lovens forarbeider vises riktignok til at det kan *”være nødvendig for virksomheten å ansette flere personer, for eksempel for å få tilstrekkelig antall arbeidstakere til å dekke opp helgearbeid for å unngå å komme i konflikt med lovens regler om ukentlig hvile”*, og det anerkjennes at et økt antall heltidsstillinger i et slikt tilfelle *kan* utgjøre en vesentlig ulempe. Flertallet er enig i det som et generelt synspunkt, men finner at det ikke kan strekkes så langt at arbeidsgiver kan organisere virksomheten slik at to tredjedeler av de ansatte må arbeide deltid for å få turnusen til å gå opp, for så å avslå ethvert krav på utvidelse under henvisning til at det vil medføre behov for nyansettelser.

Å redusere antall deltidsstillinger ved avdelinger som denne vil alltid medføre den ulempe at arbeidsgiver får problemer med å få turnusen til å gå opp. Dette er altså en generell ulempe som vil kunne påberopes av arbeidsgiver i alle saker der fortrinnsrett til utvidet stilling gjøres gjeldende hos en arbeidsgiver med en turnusordning, og som – om den skulle utgjøre en vesentlig ulempe – ville bryte med Stortingets klare forutsetning om at unntakene fra fortrinnsretten skal praktiseres med forsiktighet. Det vises til Innst. O. nr. 100 (2004-2005) hvor komitéflertallet uttaler følgende:

*”Det vises til at departementet i svar til komiteen presiserer at arbeidsgiver bare unntaksvis skal ha rett til å vise til at fortrinnsretten er til vesentlig ulempe.”*

Slik saken er opplyst, finner nemndas flertall etter en konkret helhetsvurdering at det ikke er tilstrekkelig grunnlag for å konkludere med at utøvelse av fortrinnsrett vil medføre vesentlig ulempe for virksomheten. Arbeidstaker kan derved gjøre fortrinnsrett gjeldende etter § 14-3.

Nemndas mindretall, medlemmene Strøm og Braanaas, finner i denne saken, av hensyn til kravet om kompetent bemanning 24 timer i døgnet og gjeldende turnusordninger, at det vil medføre en vesentlig ulempe for virksomheten at fortrinnsrett gjøres gjeldende.

### **Konklusjon**

Ansettelsene i stillingene som jordmor ved Kvinneklinikken var i strid med As fortrinnsrett etter arbeidsmiljøloven § 14-3.

Tvisteløsningsnemnda

Hilde Enger  
leder

Lillestrøm, 9. november 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 arbeidsmi