



# Tvisteløsningsnemnda

---

**Vedtaksdato**

7. mai 2021

**Vår referanse**

2020/219

**Saksbehandler**

Ingunn Solberg

## VEDTAK NR 54/21 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

**Tvisteløsningsnemnda avholdt møte torsdag 6. mai 2021.**

Ved behandlingen av saken var Tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

**Faste medlemmer**

Anne Marie Due, leder

Tore Trygve Dahlstrøm, Unio

Marianne Pedersen, Virke

**Særskilt oppnevnte medlemmer**

Rahman Mjaki, Ahus

Mette Neergård, OUS-NSF

**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 som psykiatrisk sykepleier i stilling på 66 prosent på natt ved B.

B utlyste en 54 prosent fast stilling som sykepleier/vernepleier hvor arbeidstiden var oppgitt for tiden å være på natt. Arbeidsgiver opplyser at bakgrunnen for utlysning var at en ansatt hadde sluttet.

A fremmet krav om fortrinnsrett og ønsket å oppjustere sin stilling til 90 prosent. I kravet skriver A at hun og en kollega som også har krevd fortrinnsrett ønsker å dele på stillingen slik at det ikke ville bli noen ulemper for arbeidsgiver.

A opplyser at hennes kollega var ansatt i en fast stilling på 57,98 prosent som psykiatrisk sykepleier på natt. Kollegaen fremmet krav om fortrinnsrett til 17 prosent av den utlyste stillingen, men hadde oppgitt at hun kunne ta mer om det var til ulempe for arbeidsgiver. En tredje kollega, en vernepleier i 50 prosent fast stilling, søkte også på den utlyste stilling fordi hun ønsket å bytte til seg helgene fra stillingen da hun ikke hadde noen helger i sin nåværende turnus.

A ble innvilget 4,58 prosent økt stilling i brev datert 3. november 2020. Arbeidsgiver mente det ville være en ulempe å tilby henne 24 prosent av den utlyste stillingen. De resterende 49,42 prosent av den utlyste stillingen ble tilbudt en ekstern søker.

I e-post av 11. november 2020 skriver arbeidsgiver at turnusen ville bli sagt opp, og at de ville jobbe med endringer. I e-posten skriver arbeidsgiver videre at en av nattevaktene ikke jobber helg, men ønsker dette.

Saken ble brakt inn for Tvisteløsningsnemnda ved brev datert 13. november 2020. Overfor nemnda har begge parter fått anledning til å komme med utfyllende merknader i saken.

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidstaker:

- brev datert 13. november 2020
- brev datert 8. desember 2020
- brev datert 19. januar 2021

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev datert 22. desember 2020
- brev datert 1. februar 2021
- e-post av 4. mai 2021

### **Arbeidstakers anførsler**

A mener hun har fortrinnsrett til stilling som sykepleier, og anfører i det vesentligste at hun er kvalifisert for stillingen og at den omfatter de samme arbeidsoppgavene som hennes faste stilling.

A anfører videre at arbeidsgiver ikke har vurdert hennes og kollegaens krav i felleskap, eller drøftet deres forslag om å dele på stillingen. Arbeidsgiver hadde sluppet å stå igjen med noen reststilling dersom de hadde delt stillingen på henne og den andre som krevde fortrinnsrett, samt at den tredje kollegaen kunne overta helgevaktene.

A anfører også at arbeidsgiver ikke kan bruke endringer i turnus som et argument mot at hun skal få fortrinnsrett når arbeidsgiver en uke etter avslaget sendte e-post til alle nattevaktene om at turnusene kom til å bli endret.

A opplyser at hun jobbet hver tredje helg da hun søkte om fortrinnsrett og at muligheten for å jobbe mer helg ikke var drøftet med henne.

Endelig anfører A at hun arbeider 4 nattevakter etter hverandre den ene helgen i hennes nåværende turnus, og hun stiller spørsmål ved hvorfor flere nattevakter etter hverandre plutselig er et problem når hun ønsker økt stilling. A synes også det er uheldig at arbeidsgiver konkluderer med at det ikke er forsvarlig å tilby henne økt stilling uten å ha snakke med henne. A anfører at de tidligere har hatt en ansatt i 85 prosent ren nattevaktstilling, uten at dette ble ansett som uforsvarlig.

### **Arbeidsgivers anførsler**

B anfører at A ikke har fortrinnsrett til stillingen som sykepleier. Den utlyste stillingen er i samme enhet og har de samme arbeidsoppgavene som A har i dag. Det er også enighet om at hun er kvalifisert til stillingen.

Arbeidsgiver anfører imidlertid at det vil være en vesentlig ulempe å innvilge A fortrinnsrett til 90 prosent stilling. Arbeidsgiver anfører at de trenger flere hoder å fordele nattevaktene på for å sikre en forsvarlig bemanning og turnus, og at den største utfordringen er å dekke natt, og særlig helgevakter. Arbeidsgiver opplyser at de har ansatte i reduserte stillinger og med tilretteleggingsbehov, noe som gjør det krevende å få til en forsvarlig turnus.

Arbeidsgiver opplyser videre at turnusen ble sagt opp etter rekruttering av en ny ansatt for å sikre en forsvarlig og rettferdig vaktfordeling.

Arbeidsgiver mener også at A og hennes kollega ikke kan pålegges ytterligere helgearbeid. Arbeidsgiver anfører at i en 90 prosent stilling vil det ikke være mulig å plassere vaktene med tilhørende hvile, uten flere påfølgende nattevakter. Arbeidsgiver viser til at Arbeidstilsynet legger til grunn at det normalt ikke skal arbeides mer enn to til tre nattevakter på rad, før det legges inn minimum to normale netters med søvn. Arbeidsgiver anfører at det er kjent at nattarbeid kan ha negativ innvirkning på en arbeidstakers helse.

Arbeidsgiver anfører videre at det ikke er aktuelt å øke stillingsprosenten til vernepleieren, og dersom hun ønsker å jobbe helg vil dette medføre hull i ukedagene. Arbeidsgiver skriver

den 14. januar 2021 at det er kun er en ansatt som ikke har helg i turnusen nå, og som har ønske om 1 helg.

Arbeidsgiver anfører også at det vil være utfordrende for dem å rekruttere til en reststilling på 30 prosent, og at det ikke er forsvarlig i et pasientsikkerhetsperspektiv med lavere stillinger enn 50 prosent.

Arbeidsgiver anfører at de var godt kjent med fakta og forslag til løsning, men erkjenner at det burde vært avholdt et drøftelsesmøte med A.

### **Tvistløsningsnemndas merknader**

Tvist mellom arbeidsgiver og arbeidstaker om fortrinnsrett for deltidsansatte kan bringes inn for Tvisteløsningsnemnda, jf. arbeidsmiljøloven § 17-2 første ledd og § 14-3 femte ledd. I henhold til forskrift om tvisteløsningsnemnd etter arbeidsmiljøloven § 2 settes nemnda med leder og to faste medlemmer. I tillegg er det oppnevnt to medlemmer med særlig kunnskap om bransjen som er berørt i saken (bransjemedlemmer).

Arbeidsmiljøloven § 14-3 første ledd fastsetter at deltidsansatte har fortrinnsrett til utvidet stilling fremfor at arbeidsgiver foretar ny ansettelse i virksomheten. Fortrinnsretten kan også gjelde en del av en stilling. 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 annet ledd. Ved vurderingen av om arbeidstaker er kvalifisert kan det, i henhold til lovens forarbeider, tas hensyn til både faglige og personlige forutsetninger.

A er fast ansatt i en stilling på 66 prosent og har fremsatt krav om fortrinnsrett slik at hun til sammen vil få en stillingsprosent på 90 prosent. A opplyser at hun også kan ta en større stillingsprosent dersom arbeidsgiver blir stående igjen med en reststilling. Hun ønsker altså å øke sin ukentlige arbeidstid med minimum 24 prosent.

Nemnda legger til grunn at partene er enige om at A er kvalifisert til den utlyste stillingen, og at stillingene utgjør de samme arbeidsoppgavene. Nemnda har derfor ikke tatt stilling til disse spørsmålene. Uenigheten gjelder hvorvidt det vil medføre en vesentlig ulempe for virksomheten at A får fortrinnsrett til minimum 24 prosent av den utlyste stillingen.

Det avgjørende for nemnda blir etter dette om utøvelse av fortrinnsretten vil medføre vesentlig ulempe for virksomheten, jf. § 14-3 annet ledd.

Hva som ligger i begrepet vesentlig ulempe, er ikke nærmere definert i loven. Av lovens forarbeider, Ot. prp. nr. 49 (2004-2005) punkt 17.2.6, 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:

*«Det kan imidlertid 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. Det kan også tenkes at fortrinnsretten kan føre til ulemper for de øvrige arbeidstakerne, for eksempel i form*

*av at flere av disse får et betydelig innslag av arbeid på ubekvemme tidspunkter (natt- eller søndagsarbeid), fordi det er færre personer å dele arbeidet på. I slike tilfeller kan det være relevant for arbeidsgiver å påberope seg at fortrinnsretten fører til vesentlig ulempe.»*

Departementet har i forbindelse med lovendringen i 2019 (Prop. 57 L (2017-2018) punkt 7.3) kommet med følgende merknad til bestemmelsen:

*«Endringen innebærer at en kvalifisert deltidsansatt i prinsippet kan ha fortrinnsrett til bare en del av en stilling, forutsatt at fortrinnsretten kan gjennomføres uten at den er til vesentlig ulempe for arbeidsgiver. At arbeidsgiver blir sittende igjen med en reststilling det vil kunne være vanskelig å rekruttere kvalifiserte søkere til, kan innebære en slik vesentlig ulempe. Det samme vil kunne være tilfellet dersom gjennomføring av fortrinnsrett til bare en del av en stilling innebærer at virksomheten får flere, og ikke færre, deltidsansatte.»*

Virkingen av den ulempen arbeidsgiver blir påført ved å bli sittende med en lav stillingsbrøk, må vurderes konkret, utgangspunktet må likevel være at deling av en utlyst stilling vil utgjøre en ulempe for arbeidsgiver, og at det følgelig må stilles relativt små krav til arbeidsgivers konkretisering av negative virkninger. Departementet sluttet seg også til denne vurderingen i Prop.57 L (2017-2018) s. 14.

I vurderingen av om det er en vesentlig ulempe for virksomheten at A får fortrinnsrett slik hun har søkt om, har nemnda delt seg i et flertall og et mindretall.

Nemndas flertall, medlemmene Due, Pedersen og Mjaki har etter en konkret vurdering kommet til at det er sannsynliggjort at det vil medføre vesentlig ulempe å innvilge fortrinnsrett slik arbeidstaker har krevd. I vurderingen har flertallet lagt vekt på at det ved en deling av en utlyst stilling må stilles relativt små krav til arbeidsgivers konkretisering av negative virkninger.

Arbeidsgiver har opplyst at de har behov for flere ansatte å fordele vaktene på for å sikre en forsvarlig bemanning og turnus. Videre har enheten ansatte i reduserte stillinger og med tilretteleggingsbehov, noe som gjør det krevende å få til en forsvarlig turnus. Flertallet legger også vekt på at arbeidsgiver i hovedsak har behov for arbeidskraft i helger, og at det ikke er forsvarlig å pålegge A og kollegaen hun ønsker å dele den utlyste stillingen med mer helgearbeid, da de allerede arbeider helgevakter. Å gi A utvidet stilling på ukedagene vil derfor ikke tilfredsstille arbeidsgivers behov. Flertallet legger også vekt på arbeidsgivers opplysninger om at det vil være vanskelig å rekruttere til en mindre stillingsprosent, samt at stillinger under 50 prosent ikke er forsvarlig i et pasientsikkerhetsperspektiv. Flertallet har etter dette kommet til at A ikke kan gis medhold i sitt krav.

Nemndas mindretall, medlemmene Dahlstrøm og Neergård har etter en konkret vurdering kommet til at det ikke er tilstrekkelig sannsynliggjort at det vil medføre en vesentlig ulempe å innvilge A fortrinnsrett slik hun har søkt om. Etter mindretallets oppfatning kan ikke endring av turnus anses som en ulempe i lovens forstand, da turnuser stadig endres og tilpasses, noe som også skjedde her kort tid etter at A fikk svar på sitt krav på fortrinnsrett.

Mindretallet legger også vekt på at A opplyser at hun allerede arbeider flere enn to til tre kvelder på rad, som er anbefalingen, samt at A og hennes kolleger har kommet med forslag til løsninger for å unngå at arbeidsgiver blir sittende igjen med en reststilling. Mindretallet kan etter dette ikke se hvorfor det ikke skulle være mulig for arbeidsgiver å ikke innvilge A fortrinnsrett slik hun har krevd.

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

### **Konklusjon**

Arbeidstaker gis ikke medhold

### **Tvisteløsningsnemnda**

Anne Marie Due

Leder

7. mai 2021

### **Til orientering:**

Tvister som nevnt i §§ 8-3, 10-13, 12-14, 14-3 og 14-4 a kan bringes inn for domstolene etter at Tvisteløsningsnemndas avgjørelse foreligger, jf. arbeidsmiljøloven § 17-2 annet 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 fra det tidspunktet parten ble underrettet om nemndas avgjørelse, jf. arbeidsmiljøloven § 17-2 tredje ledd.

Reises det ikke søksmål innen fristen, har vedtaket virkning som en rettskraftig dom, og det kan fullbyrdes etter reglene som gjelder for dommer, jf. arbeidsmiljøloven § 17-2 fjerde ledd.