



Vedtaksdato
30.04.2025

Møtedato
29.04.2025

Vår referanse
2024/258

Saksbehandler
Birgit Espejord Jensen

SAK NR 37/25 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Sakens tema

Tvist om fortrinnsrett for deltidsansatte etter arbeidsmiljøloven § 14-3

Arbeidstaker

A

Arbeidsgiver

B

Vedtak

Ansettelsen av en ekstern søker var i strid med A sin fortrinnsrett etter arbeidsmiljøloven § 14-3.

Nemndas sammensetning

Steffen Rogstad, nestleder

Jan Eikeland, Akademikerne, fast medlem arbeidstakersiden

Andreas Dag Nilsen, KS, fast medlem arbeidsgiversiden

Sakens bakgrunn

A er fast ansatt som operasjonssykepleier i stilling på 70 prosent ved B, for tiden ved [Lokasjon] på operasjonsavdelingen.

I perioden 2016–2021 hadde A 100 prosent stilling ved samme avdeling. Fra 2021 reduserte hun stillingen til 70 prosent på grunn av helseplager.

Arbeidsgiver lyste den 09.10.2024 ut eksternt en 100 prosent stilling som operasjonssykepleier, med søknadsfrist 31.10.2024.

A søkte på stillingen innenfor søknadsfristen og fremmet i søknaden ønske om å utvide stillingen fra 70 til 100 prosent. Det var tre søkere til stillingen.

B avslo kravet om fortrinnsrett i brev av 19.11.2024, og begrunnet avslaget med at det var forbundet med vesentlig ulempe å innvilge fortrinnsrett til stillingen. En søker som var vikar ved avdelingen, ble tilsatt i stillingen.

Sakens dokumenter

A sendte saken til nemnda den 07.12.2024.

Begge parter har fått mulighet til å komme med utfyllende merknader.

A har sendt følgende til nemnda:

- brev av 07.12.2024
- brev av 03.02.2025
- brev av 03.03.2025

B har sendt følgende til nemnda:

- brev av 13.01.2025
- brev av 20.02.2025

Arbeidsgivers syn på saken

B hevder at A ikke kan få medhold i sitt krav fordi det ikke var satt fram krav om fortrinnsrett. Subsidiært hevdes at A ikke er personlig kvalifisert og at det ville medført vesentlig ulempe å innvilge fortrinnsrett.

Ikke satt fram krav om fortrinnsrett

A hadde ikke krevd fortrinnsrett ved å krysse av i søkefeltet for dette i rekrutteringssystemet.

A har ikke de personlige kvalifikasjoner som stillingen krever

Arbeidstaker har over flere år hatt tilrettelegging av arbeidet ved avdelingen ved at hun er fritatt fra enkelte operasjoner fordi det ikke er forenlig med hennes helseplager. Selv om hun er faglig kvalifisert, hevder arbeidsgiver at hun ikke er personlig kvalifisert for å tiltre hele stillingsprosenten.

Vesentlig ulempe

Arbeidsgiver trenger flere ansatte i turnus for å ivareta beredskapen ved sykehuset, og for å sørge for at turnusen er satt opp innenfor loven og avtaleverkets rammer.

- Innvilgelse av fortrinnsretten ville ha medført færre hoder å fordele vaktene på, og det ville ha økt vaktbelastningen på andre ansatte. Sykehuset har en situasjon med lav bemanning, og høy arbeidsbelastning. Avdelingen har 17 ansatte som jobber i tredelt turnus ved avdelingen. Sykepleierne jobber hver tredje helg og minimumsbemanningen er to operasjonssykepleiere per vakt per døgn. Behovet er 24 ansatte i enheten dersom de ansatte skulle ha jobbet hver tredje helg. Slik det er nå med 17 ansatte kompenseres helgevakter gjennom at det er frivillig for de ansatte å ta på seg flere helger vakter ut over de 16 helgene som ligger i planlagt turnus.
- Det er generelle rekrutteringsproblemer av helsepersonell i Norge. Ved sykehuset har det vært utlyst flere stillinger som operasjonssykepleiere over de tre siste år, og det har i gjennomsnitt vært en søker per utlysning, og det var tre søkere, der to var interne til denne stillingen. Dersom A fikk fortrinnsrett, ville arbeidsgiver ikke fått tak i annen kompetent søker til den ledige stillingen på 70 prosent etter A. Søkeren som fikk stillingen, var kun interessert i 100 prosent stilling og ville ha takket nei til 70 prosent stilling.

Arbeidstakers syn på saken

A hevder at hennes fortrinnsrett er brutt ved at stillingen ble gitt til en ekstern søker uten fortrinnsrett. Hun jobber som operasjonssykepleier med de samme oppgaver på den samme avdelingen, og at hun er kvalifisert for oppgavene.

Ikke drøftet etter § 14-3 fjerde ledd

Arbeidsgiver har ikke drøftet fortrinnsretten med henne slik loven krever.

Krevd fortrinnsrett

Hun varslet arbeidsgiver i e-post den 24.03.2024 om at hun ville utvide sin stilling til 100 prosent, noe arbeidsgiver har bekreftet i brev av 13.01.2025, side tre. Dette viser at arbeidsgiver visste at hun hadde ufrivillig deltid.

Kvalifisert

Etter at A delvis måtte redusere sin stilling, har det hele tiden vært meningen at hun skulle lære å håndtere helseplagene for å komme tilbake i full stilling. Det vises til at det er et vedtatt politisk standpunkt å få ansatte tilbake i arbeid. Nå er hun klar for det og derfor søkte hun fortrinnsrett til stillingen. Hun hevder videre at arbeidsgiver ikke har anledning til å etterspørre helsestatus ved vurdering til ledige stillinger. A viser til at arbeidsgivers anførsel om at hun ikke greier å jobbe i 100 prosent stilling er en udokumentert påstand, og at det er hun selv som kjenner sin kapasitet. Hun imøtegår arbeidsgivers anførsel om at hun ikke er kapabel til å stå i en full stilling. Hun viser også til fremlagt legeerklæring på dette punktet.

Tilretteleggingen for henne omhandler fritak fra to operasjonstyper, hvorav det ene fritaket er fra et elektivt inngrep som ikke alle operasjonssykepleiere er med på. Det andre tiltaket er å samle fridagene sine etter ønske i den beskrevne kalenderturnusen, noe hun ikke er alene arbeidstaker om å ønske. Arbeidstaker hevder derfor at disse tilretteleggingstiltakene ikke kan diskvalifisere fortrinnsretten. Dette er tiltak som gjelder generelt for flere ansatte.

Vesentlig ulempe

A hevder at arbeidsgiver ikke kan imøtekommes på dette punktet. Det er liten grunn til å prioritere vikarer og gi de full stilling fremfor å utvide hennes stilling og gi vikarer deltidsstilling. Forholdet mellom antall hoder ville ha vært det samme, og derfor kan ikke argumentet om turnusutfordringer imøtekommes. Med hennes erfaring og kunnskap ville hun kunne ha fylt stillingen uten videre opplæring.

Det virker som grunnbemanningen er for lav, og den har vært slik siden 2016. Etter dette har tre ansatte sluttet uten at de er erstattet. Hun viser til at hun ikke har vært til belastning i turnusen slik arbeidsgiver beskriver, men har vært fleksibel i å ta på seg merarbeid så langt det har vært mulig for henne i forhold til hennes økonomiske ytelser fra andre. Det har skjedd ved forskyvninger i hennes egen vaktplan for å få den til å gå opp, og hun har påtatt seg ekstra helgejobber. Slik har andre ansatte kunnet få mulighet til å jobbe ekstra slik det har passet for dem.

Rekrutteringsproblemer

Arbeidstaker hevder at hennes fortrinnsrett er tilsidesatt når arbeidsgiver har lagt til grunn et utsagn om at vikaren som fikk stillingen ikke ville ta annet enn 100 prosent stilling. Det ville ikke vært et problem å gi denne den ledige stillingsandelen på 70 prosent og fylle opp med vakter til 100 prosent slik som arbeidsgiver har beskrevet situasjonen. A hevder at arbeidsgiver ikke har forsøkt å få til en slik ordning.

Lovgrunnlag og hva partene er uenige om

Twisteløsningsnemnda kan etter arbeidsmiljøloven § 17-2 avgjøre tvister som nevnt i arbeidsmiljøloven 14-3 første ledd.

Deltidsansatte har fortrinnsrett til utvidet stilling fremfor at arbeidsgiver foretar ny ansettelse eller innleie i virksomheten. Fortrinnsretten kan også gjelde en del av en stilling.

Etter § 14-3 tredje ledd må arbeidstaker være kvalifisert for stillingen og utøvelse av fortrinnsretten må ikke innebære vesentlige ulemper for virksomheten.

Partene er enige om at stillingen som operasjonssykepleier er en utvidelse av As stilling, og at hun er faglig kvalifisert til stillingen.

I denne saken er partene uenige om arbeidstaker har krevd fortrinnsrett, om hun er personlig kvalifisert og om det er sannsynliggjort vesentlig ulempe ved å innvilge fortrinnsretten.

Nemndas begrunnelse

Nemnda har enstemmig kommet til at arbeidstaker hadde fortrinnsrett.

Nemnda har gjort disse vurderingene:

Har A krevd fortrinnsrett?

Slik saken er opplyst har nemnda kommet til at A har krevd fortrinnsrett.

Det er ingen formkrav i loven som sier hvordan deltidsansatte kan kreve fortrinnsrett. Nemnda har i sin praksis tatt utgangspunkt i at det skal lite aktivitet til fra arbeidstakers side før arbeidsgiver må vurdere om hun har fortrinnsrett. Det avgjørende er om arbeidstakeren har gjort arbeidsgiver kjent med at hun ønsker utvidet stilling. Dette kan gjøres muntlig eller skriftlig. For eksempel ved å søke på, eller kreve fortrinnsrett til en konkret stilling, eller ved å informere arbeidsgiver om at hun ønsker høyere stillingsprosent når noe blir ledig.

I denne saken har A informert arbeidsgiver i mars 2024 om at hun ønsket å utvide sin stilling. Hun har også i søknaden til den utlyste stillingen i oktober 2024 skrevet at hun krever utvidelse av sin stilling fra 70 til 100 prosent.

Nemnda legger i sin avgjørelse vekt på at arbeidstaker hadde gjort arbeidsgiver kjent med at hun ønsket å utvide sin stilling allerede i mars 2024, og at formuleringen i søknaden til stillingen la opp til at hun ønsket å utvide sin stilling. Etter nemndas vurdering er dette tilstrekkelig opplysninger for at arbeidsgiver kunne ha vurdert fortrinnsretten for deltidsansatt til denne konkrete stillingen.

Nemnda går derfor videre til å vurdere om A hadde fortrinnsrett til stillingen.

Er A kvalifisert for stillingen som operasjonssykepleier?

Nemnda har kommet til at A er kvalifisert.

Det står i lovens forarbeider (Ot. Prp. Nr. 49 (2004-2005) pkt. 17.2.6) at man skal ta hensyn til både faglige og personlige forutsetninger når man vurderer om en arbeidstaker er kvalifisert for en stilling.

Med personlige forutsetninger menes blant annet personlige egenskaper som har betydning for hvordan arbeidstakeren kan utføre sine egne arbeidsoppgaver. Dette kan for eksempel være evnen til å motivere medarbeidere i en lederstilling, overtalelsesevner i en salgsstilling eller serviceinnstilling eller kunde-/klienttekte i et serviceyrke. Videre følger det av Høyesterett (dom i Rt. 2003 s. 1754) at det også kan legges vekt på personlige egenskaper som ikke har direkte betydning for arbeidstakerens utførelse av egne arbeidsoppgaver. Det kan være tilfeller der arbeidstaker skaper store samarbeidsvansker eller på andre måter bidrar til et dårlig arbeidsmiljø for andre ansatte.

Nemnda har lagt vekt på at partene er uenige om A er kvalifisert til å stå i en 100 prosent stilling.

Selv om det ikke kan utelukkes at helseproblemer i spesielle tilfeller kan medføre at en arbeidstaker ikke anses kvalifisert for stillingsutvidelsen, skal det mye til for at dette hensynet vurderes som diskvalifiserende for å utøve fortrinnsretten. Slik denne saken er opplyst, har nemnda kommet til at det ikke er grunnlag for å legge til grunn at As helseplager diskvalifiserer henne fra å gjøre fortrinnsrett gjeldende som deltidsansatt. Nemnda kan ikke se at arbeidsgiver har dokumentert at A ikke kan arbeide i en 100 prosent stilling. Tvert imot har arbeidstaker lagt fram dokumentasjon på at arbeidsevnen har økt. Nemnda har også lagt vekt på at opplysningene om at hun har vært fleksibel i forhold til vaktplanen så langt det har vært mulig innenfor rammen av utbetalingene fra pensjonskassen. Nemnda har derfor

kommet til at A ikke kan nektes fortrinnsrett til deler av den utlyste stillingen med den begrunnelse som arbeidsgiver gir om personlig kvalifisert.

Ville innvilgelse av fortrinnsrett for A innebære vesentlige ulemper for B?

Nemnda har kommet til at det ikke ville innebære vesentlige ulemper for B om A fikk fortrinnsrett til stillingen som operasjonssykepleier.

Det må gjøres en konkret vurdering av om utøvelse av fortrinnsretten gir urimelig utslag for virksomheten. Kravet til at ulempene må være «vesentlige» betyr at det ikke er nok med en generell ulempe. I forarbeidene til arbeidsmiljøloven § 14-3 (Ot. prp. nr. 49 (2004-2005) pkt. 17.2.6) nevnes det noen eksempler på hva som kan være vesentlige ulemper. Det kan være en ulempe å ikke få ansatt flere personer, eksempelvis for å unngå konflikt med arbeidstidsbestemmelser. Fortrinnsretten kan gi ulemper for andre arbeidstakere, som flere ubekvemme vakter eller færre personer å dele arbeidet på.

Det er arbeidsgiver som må sannsynliggjøre at innvilgelse av fortrinnsretten vil innebære vesentlige ulemper.

Fortrinnsretten kan etter ordlyden også gjelde en del av en stilling. I tilfeller hvor fortrinnsretten gjelder en del av en stilling nevner forarbeidene (Prop. 57 L (2017-2018) punkt 7.3) noen eksempler på hva som kan være vesentlige ulemper. Det kan være problemer med å rekruttere kvalifiserte søkere til resten av en stilling eller at antallet deltidsansatte øker.

Utgangspunktet er at oppdeling av en stilling i seg selv er en ulempe for arbeidsgiver, og at det stilles relativt små krav til konkretisering av negative virkninger for at nemnda skal anse dem som vesentlige i lovens forstand. Alle ulempene må vurderes samlet og konkret i den enkelte sak.

Nemnda legger vekt på at arbeidstaker allerede jobber i 70 prosent stilling ved samme avdeling som den utlyste stillingen er, og at dersom hun fikk en utvidelse av stillingen til 100 prosent kunne hun fylt stillingen uten videre opplæring. Forholdet mellom antallet hoder ville dermed ha vært det samme om A fikk utvidet sin stilling eller overtok hele den utlyste stillingen sammenlignet med at den andre søkeren fikk tilbud om 70 prosent stilling. En oppfyllelse av fortrinnsretten ville slik ligge midt i kjerneoppnåelsen av bestemmelsen.

I denne saken hadde arbeidsgiver en ekstern og to interne kvalifiserte søkere, og hadde dermed tre kvalifiserte søkere på stillingen. Arbeidsgiver har dermed ikke dokumentert at det ville ha vært vesentlig ulempe om A ble innvilget fortrinnsrett til hele stillingen.

Nemnda bemerker også at det er uheldig at arbeidsgiver ikke har drøftet spørsmålet med arbeidstakeren slik arbeidsmiljøloven § 14-3 fjerde ledd krever.

Tvisteløsningsnemnda

Steffen Rogstad
Nestleder

30.04.2025