

VEDTAK NR 50/10 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Twisteløsningsnemnda avholdt møte onsdag 25. august 2010 i Departementsbygning R5, Akersgata 59, Oslo.

Ved behandlingen av saken var tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Henning Harborg, leder
Haakon Skaug, LO
Elisabeth Lea Strøm, NHO

Særskilt oppnevnte medlemmer

Karin Ask-Henriksen, Vestre Viken HF
Ingrid Tordis Enoksen, NSF

Saken gjelder

Twist om fortrinnsrett for deltidsansatte etter arbeidsmiljøloven § 14-3

Arbeidstaker

A

Arbeidsgiver

B

Det ble truffet slikt vedtak:

Saksforhold

A er ansatt som sykepleier ved kirurgisk klinikk ved B. Fra februar 2009 har hun hatt fast stilling på 58 prosent. I januar 2010 ble det utlyst tre stillinger ved kirurgisk avdeling på henholdsvis 72, 60 og 25 prosent. A søkte på stillingen på 72 prosent idet hun ønsket å øke sin faste stilling. I mars fikk A tilbud om fast stilling på 80 prosent, et tilbud hun aksepterte. Dette var den annonserte stillingen på 72 prosent med tillegg av vakter som av driftshensyn kunne tas fra en annen ledig stilling. Stillingen på 25 prosent, arbeid hver tredje helg, ble tilbudt en ekstern søker (D).

Etter en intern ”opprykkskabel”, hvor interne søkere fikk høynet sine stillingsandeler, var det igjen en ledig stilling på 25 prosent, arbeid hver tredje helg, som ble tilbudt en ekstern søker (E).

A ønsker størst mulig fast stilling. Hun har derfor fremsatt krav om fast stilling på 98,17 prosent under henvisning til den såkalte fireårsregelen i arbeidsmiljøloven § 14-9 femte ledd. Dette kravet mener arbeidsgiver at er imøtekommet med tilbudet om fast stilling på 80 prosent.

Saken ble brakt inn for tvisteløsningsnemnda ved As brev av 7. april 2010. Overfor nemnda har begge parter fått anledning til å komme med utfyllende kommentarer i saken.

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidstaker:

- brev av 7. april 2010 med vedlegg
- brev av 8. mai 2010 med vedlegg
- brev av 13. juni 2010 med vedlegg

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- e-post av 9. august 2010

Arbeidstakers anførsler

A anfører i det vesentligste:

Prinsipalt anføres at fireårsregelen gir henne rett til en stilling på 98,17 prosent. Gjennom de fire siste årene har hun arbeidet i betydelig større stilling enn hva hun har vært og er ansatt i. Det kan ikke være lovens intensjon å få redusert et reelt og dokumentert krav med ca 15 prosent.

Subsidiært anføres at det i tilsettingsprosessen på vårparten 2010 har det blitt ansatt eksterne søkere i noen av de ledige stillingene.

Arbeidsgivers anførsler

B anfører i det vesentligste:

B anfører prinsipalt at arbeidstakers krav er innfridd. Sykehuset tolker regelverket dit hen at arbeidstakers krav etter 4-årsregelen er innfridd når vedkommende får tilbud med inntil 15 prosents differanse mellom krav og tilbud. Stillingsprosentene som ble tilbudt søkerne er derfor ikke ytterligere oppjustert.

Det er ingen ledig stilling på 98,17 prosent. Ved bruk av fleksiturnus kunne foretaket løst dette, men en slik turnusordning er ikke ønskelig fra de ansattes side. Foretaket har heller ikke organisert vikarpool. Stillingene på 25 prosent, som medfører arbeid hver tredje helg, ble besatt av eksterne søkere. A har en turnus med arbeid hver tredje helg. Det var derfor ikke aktuelt å gi henne en av disse stillingene som et tillegg.

Også driftshensyn gjør at sykehuset ikke deler ledige stillinger slik at man får stillinger på mindre enn 50 prosent.

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.

Arbeidstakers krav om fortrinnsrett ble delvis avslått av B ved tilbud om stilling på 80 prosent, jf. utkast til ny arbeidsavtale av 10. mars 2010. A brakte tvisten inn for tvisteløsningsnemnda i brev av 7. april 2010. Saken anses dermed som rettidig innbrakt.

Nemnda presiserer at den ikke har saklig kompetanse til å avgjøre uenighet om krav etter arbeidsmiljøloven § 14-9 femte ledd. Nemnda tar derfor ikke stilling til arbeidstakers krav på stilling på 98,17 prosent, og derved heller ikke arbeidsgivers anførsler om at arbeidstakers rettigheter er ivaretatt ved et tilbud som ligger inntil 15 prosentpoeng lavere enn kravet.

Nemnda registrerer imidlertid at arbeidstaker også har hevdet at hun er forbigått ved utlysninger av ledige stillinger, dvs. at foretatte ansettelse i to stillinger ble gjort i strid med hennes fortrinnsrett etter arbeidsmiljøloven § 14-3 første ledd. Det kravet er nemnda kompetent til å avgjøre.

Bestemmelsen i 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.

Spørsmålet for nemnda blir da om ansettelsene i stillingene på 25 prosent var i strid med As fortrinnsrett. Det avgjørende vil være om ansettelse av A i en av stillingene (i tillegg til den stillingen hun allerede hadde) ville innebåret en vesentlig ulempe for arbeidsgiver.

Arbeidsgiver har anført at A ikke kunne gjøre fortrinnsrett gjeldende fordi A allerede har helgevakter som vil være vanskelig å forene med helgebelastningen i de aktuelle stillingene. 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 bero

på en konkret vurdering av om utøvelse av fortrinnsretten i det enkelte tilfelle vil gi urimelige utslag for virksomheten.

Nemndas flertall, medlemmene Harborg, Strøm, Skaug og Ask-Henriksen, legger til grunn at stillingene på 25 prosent vanskelig lar seg kombinere med As nåværende turnus idet hun vil få en samlet helgebelastning som går utover det de ansatte vil akseptere. Det legges i interesseavveiningen vekt på at arbeidsgiver i denne ansettelsesomgangen har vist vilje til å utvide stillingsandelene til deltidsansatte som ønsker det, og også at en endring av turnusordningen, for eksempel slik at det blir innført en fleksiturnus, ikke er ønskelig fra de ansattes side. I tillegg vil arbeidsgiver sitte igjen med en svært liten stillingsprosent dersom opp mot 20 prosent av stillingen skulle tildeles A. Flertallet kan etter dette ikke se at stillingene på 25 prosent uten vesentlig ulempe kan tildeles A.

Nemndas mindretall, medlemmet Enoksen, viser til at det må påhvile arbeidsgiver å godtgjøre at lovens krav til vesentlig ulempe foreligger, og mindretallet kan ikke se at det er tilfellet i denne saken.

Formålet med arbeidsmiljøloven § 14-3 er å sørge for at arbeidstakere som ønsker å arbeide full tid, i størst mulig utstrekning skal gis mulighet for dette. Som det også følger av forarbeidene, kan ufrivillig deltid for den enkelte arbeidstaker medføre negative konsekvenser både økonomisk og sosialt.

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 turnusordning, og som – om det 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 komiteén uttaler følgende:

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

Nemnda har i flere saker (se for eksempel 38/10) gitt uttrykk for at den vil være tilbakeholden med å akseptere at arbeidsgiver kan benytte vilkåret om vesentlig ulempe for å legitimere en bemanningsplan der flertallet av de ansatte har lavere stillingsandeler. Dette innebærer at arbeidsgiver som varig løsning belager seg på en situasjon der de ansatte – i strid med lovens forutsetning – må finne seg i lavere stillingsandel. Nemnda har uttalt at det ikke kan være i overensstemmelse med loven.

Mindretallet viser til sakens opplysninger hvor det fremgår at det blant avdelingens 46 sykepleiere og 9 hjelpepleiere kun finnes 2 heltidsstillinger. Det fremgår også at det i avdelingen er utstrakt bruk av ekstravakter og vikarer.

Etter en konkret helhetsvurdering finner mindretallet at det ikke er tilstrekkelig godtgjort fra arbeidsgivers side at ytterligere utvidelse av As stilling ville medføre vesentlig ulempe for virksomheten.

Konklusjon

Ansettelsen av eksterne søkere var ikke i strid med As fortrinnsrett.

Tvisteløsningsnemnda

Henning Harborg
leder

Lillestrøm, 27.08.2010

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.