



Tvisteløsningsnemnda

Vedtaksdato
30. november 2020

Vår referanse
2020/147

Saksbehandler
Trine Elisabeth Selnes

VEDTAK NR 163 /20 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Tvisteløsningsnemnda avholdt torsdag møte 26. november 2020.

Ved behandlingen av saken var Tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Steffen G. Rogstad, nestleder
Tore Trygve Dahlstrøm, Unio
Marianne Pedersen, Virke

Særskilt oppnevnte medlemmer

Karin Erlimo, OUS
Ida Karin Rosset, jordmor ved OUS

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 jordmor i stilling på 80 prosent ved Kvinneklinikken i X.

Arbeidstakeren har tidligere gjort det kjent for arbeidsgiver at hun ønsker å øke sin stilling til 100 prosent gjennom at hun har lagt det inn i heltidsmodulen og ved at hun har informert sin leder om dette muntlig.

Sykehuset ansatte to vikarer for å dekke opp et vikariat på 5 måneder for en 100 prosent stilling. Vikariatene skulle også dekke opp vakante helgevakter. Begge vikarene har nå en 50 prosent stilling. Vikariatet var for en annen ansatt som har foreldrepermisjon mellom 17. august 2020 og 10. januar 2021.

Arbeidsgiver av slo kravet i e-post av 7. juli 2020. Avslaget ble begrunnet med at avdelingen ikke har mulighet til å dele opp ledige stillinger fordi det blir vanskelig å dekke opp bemanningen i helgene.

Arbeidstaker brakte saken inn for Tvisteløsningsnemnda 3. august 2020.

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidstaker:

- brev datert 3. august 2020

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev datert 14. august 2020
- brev datert 2. september 2020
- brev datert 2. oktober 2020
- brev datert 23. oktober 2020

Arbeidstakers anførsler

A anfører i det vesentligste at hun har fortrinnsrett til vikariatet siden hun er kvalifisert for stillingen da hun i dag arbeider som jordmor ved samme sykehus.

Arbeidsgivers anførsler

B anfører at det vil være en vesentlig ulempe for arbeidsgiver å gi fortrinnsrett til arbeidstakeren.

A arbeider allerede hver tredje helg. Ifølge arbeidsgiver har arbeidstaker opplyst at hun ikke ønsker å arbeide flere helgevakter enn hun allerede gjør. Dersom A får fortrinnsrett til 20 prosent av vikariatet uten å være villig til å jobbe flere helger, vil det medføre at avdelingen ikke har nok jordmødre til å dekke opp behovet for arbeidskraft i helgene. Arbeidsgiver mener at dette i ytterste konsekvens vil kunne medføre brudd på arbeidsmiljøloven og merbelastning på det øvrige personellet. Arbeidsgiver anfører at fødeavdelingen måtte

ansette to eksterne jordmødre for å dekke opp vakante helger i turnusplanen i tillegg til vaktene i vikariatet.

Til slutt bemerker arbeidsgiver at det var flere ansatte som hadde meldt ifra gjennom heltidsmodulen om at de ønsker 100 prosent og at alle burde blitt vurdert hvis vikariatet skulle fordeles på de internt ansatte.

Tvistløsningsnemndas merknader

Tvist mellom arbeidsgiver og arbeidstaker om fortrinnsrett for deltidsansatte kan bringes inn for Tvisteløsningsnemnda, jf. arbeidsmiljøloven § 17-2 (1) og § 14-3 (5). I henhold til forskrift om tvisteløsningsnemnd etter arbeidsmiljøloven § 2 settes nemnda med nestleder og to faste medlemmer. I tillegg er det oppnevnt ytterligere to medlemmer med særlig kunnskap om den bransjen som er berørt i saken (bransjemedlemmer).

Arbeidsmiljøloven § 14-3 (1) 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 (2). Ved vurderingen av om arbeidstaker er kvalifisert kan det, i henhold til lovens forarbeider, tas hensyn til både faglige og personlige forutsetninger.

Partene er enige om at arbeidstakeren er kvalifisert for stillingen og at arbeidsoppgavene i stillingen hun har i dag og den omtvistede stillingen, er om lag de samme. Det er også uomtvistet at det er foretatt en nyansettelse ettersom personene som ble ansatt i vikariatene og for de vakante vaktene var eksterne.

Det avgjørende for nemnda blir etter dette om utøvelse av fortrinnsretten vil medføre vesentlig ulempe for virksomheten, jf. § 14-3 (2).

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 er blant annet vist til følgende:

«Det kan imidlertid være nødvendig for virksomheten å ansette flere personer, for eksempel for å få tilstrekkelig antall arbeidstakere til å dekke opp helgearbeidet 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 arbeidstider (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.»

I proposisjonen viste også departementet til tidligere nemndspraksis, eksempelvis 20/06 (TLN-2006-20) og 26/09 (TLN-2009-26) hvor det ble uttalt at "det ikke kan utelukkes at man kan gjøre fortrinnsrett gjeldende på en del av en utlyst stilling og at virkningene for arbeidsgiver må vurderes konkret, men understreker at på bakgrunn av lovens forarbeider må hovedregelen være at en deling av en utlyst stilling vil utgjøre en ulempe for arbeidsgiver. I dette ligger at det i slike tilfeller må stilles relativt små krav til arbeidsgivers konkretisering av negative virkninger." Departementet sluttet seg til denne vurderingen i Prop.57 L (2017-2018) s. 14.

Nemnda har delt seg i et flertall og et mindretall ved vurderingen av om det er en vesentlig ulempe for arbeidsgiver om A får fortrinnsrett.

Nemndas flertall, medlemmene Rogstad, Pedersen og Erlimo har kommet til følgende: Siden kravet knytter seg kun til en del av en stilling, 20 prosent av vikariatet på 100 prosent, skal det etter forarbeidene relativt lite til før det anses dokumentert at arbeidsgiver vil bli påført en vesentlig ulempe. Flertallet har sett hen til arbeidsgivers opplysninger om at A har ytret et ønske om å ikke arbeide flere helgevakter enn hver tredje helg. Nemndas flertall legger til grunn at dersom A fikk fortrinnsrett, ville B fortsatt ha en situasjon hvor de manglet personell til å dekke opp helgevaktene. Nemndas flertall mener etter en konkret vurdering at dette utgjør en vesentlig ulempe for arbeidsgiver. Flertallet har også sett hen til at fødeavdelingen har relativt få ansatte å fordele ledige helgevakter på.

Nemndas flertall har etter en totalvurdering kommet til at A derfor ikke hadde fortrinnsrett til deler av det utlyste vikariatet.

Nemndas mindretall, medlemmene Dahlstrøm og Rosset mener at B ikke har dokumentert at det foreligger en vesentlig ulempe ved å gi A fortrinnsrett til 20 prosent av vikariatet. Av dokumentasjonen i saken fremgår det at arbeidsgiveren har delt vaktene som tilhørte vikarstillingen mellom to arbeidstakere. Den fremlagte turnusoversikten for arbeidstakeren som er i foreldrepermisjon viser at hun skulle arbeidet vakter lagt til både hverdager og helger. Det går frem av turnusoversikten at de to vikariatene på 50 prosent innebærer dobbelt så mange helgevakter som arbeidstakeren i permisjon ville hatt, men at de også har vakter på hverdager. Mindretallet mener arbeidsgiver kunne ha tilpasset arbeidstiden slik at A kunne arbeidet flere ukedager i perioden for vikariatet, og fordelt de øvrige vaktene på nye ansettelser. Sykehuset mener videre at de ville mistet muligheten til dekke flere vakante helgevakter, dersom de gir As fortrinnsrett fremfor å ansette to i midlertidige stillinger. Opplysningene i saken viser at sykehuset har tilgang på vikarer som kan dekke opp vakante vakter, selv om A skulle få fortrinnsrett, og at denne situasjonen vil være den samme etter at

vikariatet har opphørt. Mindretallet mener etter dette at det ikke er sannsynliggjort at det foreligger en vesentlig ulempe for arbeidsgiver.

Ansettelsen av to eksterne personer var ikke strid med As fortrinnsrett etter arbeidsmiljøloven § 14-3.

Konklusjon

Arbeidstaker gis ikke medhold.

Tvisteløsningsnemnda

Steffen G. Rogstad
Nestleder

30. november 2020

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 (2). 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 (3).

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 (4).