

VEDTAK NR 16/15 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Tvisteløsningsnemnda avholdt møte torsdag 19. mars 2015

Ved behandlingen av saken var tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Anne Marie Due (vara for Henning Harborg), leder
Silje Hassellund Solberg , LO
Silje Almestrand (vara for Elisabeth Lea Strøm), NHO

Særskilt oppnevnte medlemmer

Rahman Mjaki, Ahus
Magnus Buflod, 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 assistent i 75 prosent stilling ved Sterilsentralen, B.

Høsten 2014 utlyste B to ledige assistentstillinger på 50 prosent og en assistentstilling på 40 prosent ved Sterilsentralen. Det ble opplyst at stillingen på 40 prosent eventuelt kunne deles på flere søkere.

A søkte i denne forbindelse om utvidelse av sin stilling til 100 prosent. Hun fikk først muntlig avslag på sin søknad 28. oktober 2014, deretter skriftlig avslag 10. november 2014. Stillingen på 40 prosent ble delt mellom to andre faste deltidsansatte ved avdelingen. De to stillingene på 50 prosent ble tildelt to søkere som var tilkallingsvikarer på søknadstidspunktet.

Saken ble brakt inn for tvisteløsningsnemnda ved brev av 25. november 2014.

Overfor nemnda har begge parter fått anledning til å komme med utfyllende merknader i saken.

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidstaker:

- brev av 25. november 2014
- brev av 2. desember 2014
- brev av 19. januar 2015
- brev av 13. februar 2015
- brev av 16. februar 2015
- brev av 19. februar 2015

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev av 20. januar 2015
- brev av 11. mars 2015

Arbeidstakers anførsler

På vegne av A anfører advokat Haugedal i det vesentligste:

A er kvalifisert for de omstridte stillingene, og hennes utøvelse av fortrinnsrett til utvidet stilling vil ikke medføre noen vesentlig ulempe for virksomheten. Begge de to som ble ansatt i den omstridte stillingen på 40 prosent hadde kortere ansiennitet enn A. Utvelgelsen blant de ansatte med fortrinnsrett fremstår som diskriminerende på grunn av alder og manglende organisasjonstilhørighet og er derved ikke begrunnet i saklige forhold.

Arbeidsgivers anførsler

B anfører i det vesentligste:

De to som ble ansatt i stillingen på 40 prosent var interne søkere med fortrinnsrett etter § 14-3. Utvelgelsen blant de fortrinnsberettigede ble gjort etter kvalifikasjonsprinsippet. Det bestrides at alder og organisasjonstilhørighet er vektlagt i prioriteringen mellom de fortrinnsberettigede. Det vises blant annet til at A ble fast ansatt i 60 prosent stilling det året

hun fylte 60 år. Hun har også etter den tid fått utvidet sin stilling til 75 prosent, og er senere tildelt vikariater.

Hva gjelder de to stillingene på 50 prosent, vil det medføre en vesentlig ulempe å dele disse i mindre stillingsbrøker. Sterilsentralens turnusplan var avhengig av to nye ansatte (hoder) for å sikre forsvarlig drift. Dersom A var blitt tildelt deler av disse stillingene, ville de to nyansatte ha fått stillinger på mindre enn 50 prosent. Dette er i strid med sykehusets målsetning om at ingen deltidsansatte skal ha stillinger på mindre enn 50 prosent. Målsetningen er begrunnet med at det er nødvendig med en viss stillingsstørrelse for at de ansatte skal holde seg faglig oppdatert.

Tvistløsningsnemndas merknader

Tvist mellom arbeidsgiver og arbeidstaker om fortrinnsrett for deltidsansatte kan bringes inn for tvisteløsningsnemnda, jf. arbeidsmiljøloven § 17-2 (1) og § 14-3 (4).

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. A er ansatt som assistent ved avdelingen, og arbeidsgiver har overfor nemnda ikke bestridt at hun er kvalifisert til de omstridte assistentstillingene. Nemnda legger dette til grunn.

Det presiseres i forarbeidene til bestemmelsen at fortrinnsretten til utvidelse etter § 14-3 gjelder stillinger med om lag de samme arbeidsoppgaver som den deltidsansatte allerede utfører. Dette er også lagt til grunn i nemndas praksis. Det er ikke anført av arbeidsgiver at de utlyste assistentstillingene er tillagt andre arbeidsoppgaver enn de A utfører i dag. Nemnda legger derved til grunn at stillingene har om lag de samme arbeidsoppgaver.

I de dokumenter som er forelagt nemnda har arbeidsgiver opplyst at de to arbeidstakerne som ble tilsatt i den omtvistede stillingen på 40 prosent var faste deltidsansatte ved avdelingen, med fortrinnsrett etter arbeidsmiljøloven § 14-3. Dette er ikke bestridt fra A sin side, og nemnda legger også dette til grunn.

Arbeidsmiljølovens regel om fortrinnsrett for deltidsansatte gir ikke noen veiledning om hvordan man skal prioritere mellom flere fortrinnsberettigede. Det må i utgangspunktet tilfalle arbeidsgiver å foreta den prioriteringen. Det er fra arbeidsgiver anført at man har ansatt de to best kvalifiserte fortrinnsberettigede søkerne. A har anført at den reelle årsaken til at hun ikke ble ansatt fremfor de to andre fortrinnsberettigede var hennes alder og manglende organisasjonstilhørighet. Det er også fremlagt en erklæring fra en tidligere ansatt hvor det fremgår at arbeidsgiver skal ha uttalt at As alder og manglende organisasjonstilhørighet var diskvalifiserende. Arbeidsgiver har bestridt at alder og organisasjonstilhørighet er vektlagt i prioriteringen mellom de fortrinnsberettigede, og har blant annet vist til at A ble fast ansatt i 60 prosent stilling det året hun fylte 60 år. Hun har også etter den tid fått utvidet sin stilling til 75 prosent, og er senere tildelt vikariater. Nemnda legger etter dette til grunn at det ikke er grunnlag for å overprøve arbeidsgivers vurderinger i valget mellom flere fortrinnsberettigete søkere.

Nemnda må etter dette vurdere hvorvidt A hadde fortrinnsrett til deler av de to utlyste stillingene på 50 prosent. Stillingene ble etter det tildelt to søkere som på søknadstidspunktet var tilknyttet sykehuset som tilkallingsvikarer. Arbeidsgiver ga allerede i utlysningen uttrykk for at dette er stillinger som ikke kan deles i mindre stillingsbrøker.

Det avgjørende for nemnda blir etter dette om utøvelse av fortrinnsretten til deler av disse stillingene 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) 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.

I henhold til forarbeidene kan forbeholdet om vesentlig ulempe blant annet innebære at deltidsansatte som gjør fortrinnsrett gjeldende ikke kan velge å søke en andel eller brøk av den utlyste stillingen, men må akseptere hele den utlyste stillingen. Tvisteløsningsnemnda har i en rekke tidligere saker likevel uttalt at forarbeidene ikke kan forstås slik at fortrinnsrett skal være avskåret i alle tilfeller hvor den vil medføre at det blir igjen en rest av den utlyste stillingen, uavhengig av om det etter en konkret vurdering kan påvises en vesentlig ulempe for arbeidsgiver ved å bli sittende igjen med en lav stillingsbrøk.

Arbeidsgiver har anført at en eventuell oppdeling av en eller begge de to stillingene på 50 prosent ville medføre en vesentlig ulempe for virksomheten. Dette er begrunnet med at det var nødvendig med to nye «hoder» for at turnusplanen skulle gå opp, samt at deltidsstillinger på mindre enn 50 prosent vil føre til svekket kvalitet i pasientbehandlingen ved avdelingen.

Nemndas flertall, medlemmene Due, Solberg og Buflod, har etter en konkret vurdering kommet til at A hadde fortrinnsrett til utvidet stilling. Selv om hun kun har søkt på deler av de utlyste stillingene, og en dermed ikke kan stille store krav til arbeidsgiver sin konkretisering av negative virkninger av fortrinnsrett, er flertallet av den oppfatning at B her ikke har vist til ulemper ut over det en vil oppleve ved nær sagt enhver ansettelse i deltidsstilling. Arbeidsgiver har etter flertallets syn ikke vist til noen særlige behov ved avdelingen som gjør det vanskelig å endre turnusen. Det er heller ikke vist til konkrete ulemper forbundet med å fordele de resterende stillingsprosentene på de to andre søkerne.

Flertallet bemerker at formålet med arbeidsmiljøloven § 14-3 er at deltidsansatte som ønsker å jobbe full tid, i størst mulig grad skal gis anledning til dette. Arbeidsgivers generelle målsetning om ikke å ha ansatte i stillingsbrøker under 50 prosent ved avdelingen, kan slik flertallet ser det ikke fortrenge arbeidstakers fortrinnsrett etter loven. Flertallet er således av den oppfatning at arbeidsgiver burde gjort mer for å tilpasse turnusen slik at A fikk utvidet sin stilling.

Nemndas mindretall, medlemmene Almestrand og Mjaki, er av en annen oppfatning. I dette tilfellet finner mindretallet ikke grunnlag for å fravike den nevnte hovedregelen om at deltidsansatte som gjør fortrinnsrett gjeldende må akseptere hele den utlyste stillingen. Mindretallet legger til grunn arbeidsgivers anførsel om at en eventuell oppdeling av stillingene vil få uheldige konsekvenser av driftsmessige årsaker, blant annet at det var nødvendig å ansette to personer i 50 prosent stilling av hensyn til turnusplanen og for å sikre forsvarlig drift i enheten. Det er i mindretallets vurdering også lagt vekt på anførselen om at virkningen av en oppdeling ville vært at man fikk to deltidsansatte i stillingsbrøker på mindre enn 50 prosent, og at dette ville kunne medføre svekket faglig kvalitet på tjenestene ved

avdelingen. Nemndas mindretall har således kommet til at A ikke hadde fortrinnsrett til utvidet stilling i forbindelse med ansettelsene i de to stillingene på 50 prosent.

Konklusjon

Ansettelsen av andre søkere i stillingene på 50 prosent var i strid med arbeidstakers fortrinnsrett etter arbeidsmiljøloven § 14-3.

Tvisteløsningsnemnda

Anne Marie Due
leder

Oslo, 20.03.2015

Til orientering:

Tvister som nevnt i §§ 10-13, 12-14 og 14-3 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 regnet fra det tidspunkt tvisteløsningsnemndas avgjørelse foreligger, jf arbeidsmiljøloven § 17-2 (3).