

VEDTAK NR 26/10 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Twisteløsningsnemnda avholdt møte onsdag 24. mars 2010 i Departementsbygning R5, Akersgata 59, Oslo

Ved behandlingen av saken var tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Hilde Enger (vara), leder
Haakon Skaug, LO
Elisabeth Lea Strøm, NHO

Særskilt oppnevnte medlemmer

Mette B. Persson, HSH
Ingrid T. Enoksen, NSF

Saken gjelder

Twist om fortrinnsrett for deltidsansatte etter arbeidsmiljøloven § 14-3

Arbeidstaker

A

Arbeidsgiver

B

Det ble truffet slikt vedtak:

Saksforhold

A har vært ansatt som sykepleier ved B siden 1984. I tillegg til å være utdannet sykepleier er hun helsesøster og har videreutdanning i psykososialt arbeid.

Som følge av driftsinnskrenkninger ved B i 2007, ble hun oppsagt fra sin stilling på 100 prosent. På dette tidspunkt hadde hun delvis permisjon fra stillingen og arbeidet i stilling på 30 prosent. Etter forhandlinger mellom partene fikk A fortsette i stilling på 20 prosent fra august 2007.

Sykepleieravdelingen på B har i alt seksten ansatte. Avdelingsleder har fast stilling på 100 prosent, mens de øvrige ansatte har faste deltidsstillinger. Alle de ansatte, bortsett fra avdelingsleder, jobber hver tredje helg i en seks ukers turnus.

A arbeider for tiden i en fast stilling på 17,84 prosent som nattevakt hver tredje helg.

B utlyste internt en sykepleierstilling på 100 prosent 9. november 2009. Det fremgår av utlysningen at stillingen vil bli delt opp for å sikre teamutvikling og teamkontinuitet samt for å ivareta krav om stillingsøkning til deltidsansatte.

A søkte på stillingen i søknad av 24. november 2009. Det fremgår av søknaden at hun jobber ufrivillig deltid og ønsker full stilling.

Som følge av nedskjæring ved avdelingen ble søkerne orientert om at den utlyste stillingen på 100 prosent måtte reduseres til stilling på 70 prosent. A opprettholdt sin søknad på stillingen. Det var elleve kvalifiserte søkere til stillingen.

As krav om fortrinnsrett ble avslått ved arbeidsgivers brev av 9. desember 2009. Den utlyste stillingen ble fordelt på to deltidsansatte og en vikar. Den ene av de faste ansatte fikk 35,45 prosent av stillingen og økte dermed sin faste stillingsandel til 87,09 prosent. Den andre fast ansatte fikk 20 prosent av stillingen og økte dermed sin faste stillingsandel til 44,55 prosent. En vikar ble ansatt i den resterende del av stillingen på 14,55 prosent som helgevakt hver tredje helg.

Saken ble brakt inn for tvisteløsningsnemnda ved As brev av 27. desember 2009. Overfor nemnda har begge parter fått anledning til å komme med utfyllende merknader i saken.

I henhold til arbeidsgivers opplysning av 17. mars 2010 har virksomheten ansatt sovende nattevakt i tillegg til våken nattevakt. A har i den forbindelse fått utvidet sin stilling til fast stilling på 68,54 prosent fra etter påske i år.

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidstaker:

- brev av 27. desember 2009
- brev av 27. januar 2010
- kommentarer av 10. februar 2010
- brev av 12. februar 2010

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev av 25. januar 2010
- e-post av 4. mars 2010
- e-post av 17. mars 2010

Arbeidstakers anførsler

A anfører i det vesentligste:

A mener at avslag på hennes krav om fortrinnsrett som deltidsansatt er i strid med arbeidsmiljøloven § 14-3. Etter at hun i 2007 måtte redusere sin stilling fra 100 prosent til 20 prosent, har hun opplevd at flere sykepleiere har blitt ansatt i vikariater som senere er omgjort til faste stillinger, uten at arbeidsgiver har lyst ut disse stillingene. Hun mener dette er en forbigåelse av hennes rettigheter etter arbeidsmiljøloven § 14-2 da hun ble oppsagt som følge av nedbemanning. Flere sykepleiere i deltidsstillinger har i samme tidsrom også fått utvidet sine stillinger uten at disse stillingene er utlyst internt eller eksternt. A mener at hun med 26 års ansiennitet som sykepleier ved senteret og med videreutdanning er forbigått ved at sykepleiere med langt lavere ansiennitet og kompetanse ansettes i stillingen.

Arbeidsgivers anførsler

B anfører i det vesentligste:

Virksomheten mener at den foretatte ansettelsen ikke er i strid med As fortrinnsrett. Alle søkerne til den ledige stillingen var godt kvalifiserte søkere. Ved ansettelsen ble det i henhold til utlysningen lagt vekt på økning av deltidsansattes stillingsandel. To deltidsansatte fikk økt sine stillinger. Slik det også fremgår av utlysningsteksten var det av stor betydning for virksomheten at teamutviklingen og teamkontinuiteten ved senteret skulle ivaretas ved tilsettingen. Det er en utfordring for teamarbeidet at sykepleierne arbeider i tredelt turnus og dels i mindre stillingsprosent. Det var derfor viktig for virksomheten å øke stillingsandelen for to av de faste deltidsansatte som begge har en viktig rolle i to av teamene, den ene som teamkoordinator.

Som følge av at A og de andre ansatte allerede arbeider hver tredje helg, ble det ansatt en vikar i helgevaktstillingen. Det følger av arbeidsmiljøloven § 10-8 at arbeidstaker som har utført søndags- og helgedagsarbeid skal ha arbeidsfri følgende søndags- og helgedagsdøgn. Hvis A hadde blitt tildelt den ledige helgevaktstillingen ville hun fått en arbeidsbelastning som gjennomsnittlig førte til arbeid oftere enn annenhver søndag.

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 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.

Søknaden om fortrinnsrett for A ble avslått av arbeidsgiver i e-post av 10. desember 2009. A brakte tvisten inn for tvisteløsningsnemnda i brev av 27. desember 2009. Saken anses dermed som rettidig innbrakt.

Nemnda vil bemerke at fortrinnsrett til stilling/stillingsandel etter § 14-2 går foran fortrinnsrett til deltidsansatte. Det følger av arbeidsmiljøloven § 14-2 fjerde ledd at fortrinnsretten til ny ansettelse gjelder i ett år fra oppsigelsestidspunktet. I og med at A ble oppsagt i 2007 kommer denne bestemmelsen ikke til anvendelse i tvist om fortrinnsrett til ovennevnte stilling.

Arbeidsmiljøloven § 14-3 første ledd fastsetter at deltidsansatte har fortrinnsrett til utvidet stilling fremfor at arbeidsgiver foretar ny ansettelse i virksomheten.

Partene er ikke uenige om at A er kvalifisert for stillingen. Av stillingen på 70 prosent ble stilling på til sammen 55,45 prosent fordelt på to andre deltidsansatte med fortrinnsrett etter arbeidsmiljøloven § 14-3. Regelen gir ikke noen veiledning om hvordan man skal prioritere mellom flere fortrinnsberettigede. Det må i utgangspunktet tilfalle arbeidsgiver å foreta den prioriteringen. Slik saken er opplyst foreligger det etter nemndas syn ikke grunnlag for å overprøve arbeidsgivers vurdering i valget mellom flere fortrinnsberettigede, slik nemnda også kom til blant annet i sak 02/07, 08/07, 34/07 og 31/09, 47/09.

Den resterende del av stillingen på 14,55 prosent ble besatt av en vikar. A kan derfor utøve fortrinnsrett til denne stillingen etter arbeidsmiljøloven § 14-3, med mindre utøvelse av fortrinnsretten vil være til vesentlig ulempe for virksomheten.

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 vil dette bero på en konkret vurdering av om utøvelse av fortrinnsretten i det enkelte tilfelle vil gi urimelige utslag for virksomheten. I henhold til forarbeidene vil forbeholdet om vesentlig ulempe blant annet innebærer 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 stilling. Dersom den utlyste stillingen kun er en mindre stillingsbrøk som kan kombineres med den deltidsstilling arbeidstakeren allerede har, er utgangspunktet at vedkommende kan utøve fortrinnsrett.

Nemndas flertall, medlemmene Enger, Skaug og Enoksen finner at det i denne saken ikke er tilstrekkelig dokumentert at utøvelse av fortrinnsrett ville medføre vesentlig ulempe for arbeidsgiver. Flertallet legger til grunn at det er mulig for virksomheten å tilpasse turnusen. Nemndas flertall bemerker at 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 følger av forarbeidene kan ufrivillig deltid for den enkelte arbeidstaker medføre negative konsekvenser både økonomisk og sosialt.

Arbeidsgiver har anført at utvidelse vil medføre at den ledige helgevakten ikke kan dekkes. Ved senteret jobber alle sykepleierne deltid, bortsett fra avdelingsleder. Etter flertallets oppfatning er dette som varig løsning uheldig, og i strid med de ønsker lovgiver gir uttrykk for bl.a. gjennom § 14-3. I lovens forarbeider vises riktignok til at det kan "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”, og det anerkjennes at et økt antall heltidsstillinger i et slikt tilfelle kan utgjøre en vesentlig ulempe. Flertallet er enig i det som et generelt synspunkt, men finner at det ikke kan strekkes så langt at arbeidsgiver fritt kan organisere virksomheten slik at de ansatte må arbeide deltid for å få tilstrekkelig helgebemannning.

Opplysningen om at A har fått stilling som nattevakt i til sammen 68,54 % stilling etter påske i år, kan etter flertallets oppfatning ikke tillegges avgjørende vekt ved vurderingen av om A ble forbigått i forhold til ansettelsen av vikaren. Stillingsprosent på 68,54 % oppfylder ikke arbeidstakers opprinnelige krav om utvidelse. Flertallet finner at A hadde fortrinnsrett etter § 14-3 til stilling på 14,55 prosent. Nemndas flertall presiserer at den ikke tar stilling til forholdet mellom A og eventuelle andre fortrinnsberettigede til stillingen.

Nemndas mindretall, medlemmene Strøm og Persson, finner at utøvelse av fortrinnsrett i denne saken vil medføre vesentlig ulempe for arbeidsgiver. Mindretallet legger avgjørende vekt på at arbeidstaker i ettertid har fått og akseptert en utvidet stilling på 68,54 %, og at en kombinasjon av de aktuelle tre stillinger ikke lar seg utføre uten vesentlig ulempe for bedriften.

Konklusjon

Ansettelsen av vikar var i strid med As fortrinnsrett.

Tvisteløsningsnemnda

Hilde Enger
leder

Trondheim, 26.03.2010

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.