



Tvisteløsningsnemnda

Vedtaksdato
19. mars 2020

Vår referanse
2019/26592

Saksbehandler
Maria Schilvold

VEDTAK NR 46/20 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Tvisteløsningsnemnda avholdt møte onsdag 18. mars 2020.

Ved behandlingen av saken var Tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Anne Marie Due, leder
Silje Hassellund Solberg, LO
Marianne Pedersen, Virke

Særskilt oppnevnte medlemmer

Magnus Bufold, NSF
Rahman Mjaki, Ahus

Saken gjelder

Tvist om fortrinnsrett for deltidsansatte etter arbeidsmiljøloven § 14-3

Arbeidstaker

Arbeidsgiver

B helseforetak

Det ble truffet slikt vedtak:

Saksforhold

A er fast ansatt som sykepleier i stilling på 85 prosent ved Barneavdelingens sengepost på Sykehuset X, som er en del av B helseforetak.

Den 9. oktober 2019 lyste helseforetaket ut en stilling på 75 prosent som sykepleier ved Barneavdelingens sengepost på Sykehuset X med søknadsfrist den 20. oktober 2019. A søkte på 15 prosent av stillingen, slik at hun til sammen ville få full stilling. I søknaden skrev A også at hun ønsket å benytte seg av sin fortrinnsrett. Etter søknadsfristens utløp ble det i uke 45 avholdt et møte mellom seksjonsleder og A, hvor seksjonsleder fortalte at avdelingen var avhengig av å ansette en sykepleier som kunne gå nattevakter, noe A hadde vært fritatt for etter en runde med behandling for brystkreft i 2015. A informerte da om at dersom dette stod i veien for at hun kunne få full stilling, så var hun også villig til å gå nattevakter.

Den 6. november 2019 mottok A via e-post skriftlig avslag på sin søknad. Avslaget var ubegrunnet, og A ba derfor om et nytt møte med arbeidsgiver for å få en nærmere redegjørelse for avslaget og ansettelsesprosessen. Møtet ble avholdt 12. november 2019 med avdelingsleder, seksjonsleder, A og tillitsvalgt i NSF til stede. I møtet framgikk at begrunnelsen for avslaget var As helsesituasjon og at det ikke var rom for å tilrettelegge for henne i en full stilling. Det ble også fremmet et forslag fra arbeidsgivers side om en prøveperiode på seks måneder med A i full stilling og i et tilrettelagt tilbakeføringsløp til sin opprinnelige 85-prosentstilling med rundturnus.

I den omtvistede stillingen ble det ansatt to interne søkere, hvorav én av dem var fast ansatt på avdelingen og den andre var ansatt som vikar.

Saken ble brakt inn for Tvisteløsningsnemnda ved e-post av 29. november 2019. Overfor nemnda har begge parter fått anledning til å komme med utfyllende merknader i saken.

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidstaker:

- e-post av 29. november 2019, med vedlegg
- e-post av 29. desember 2019

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev datert 11. desember 2019, med vedlegg
- brev datert 9. januar 2020
- e-post av 5. mars 2020, med vedlegg
- brev mottatt 9. mars 2020, med vedlegg

Arbeidstakers anførsler

A gjør gjeldende at hun har fortrinnsrett til utvidet stilling, og anfører i det vesentligste at hun er kvalifisert for stillingen, da hennes helse ikke lenger er til hinder for at hun kan gå nattevakter. Videre mener A at de to som ble ansatt i stillingen har langt kortere ansiennitet enn henne.

Arbeidsgivers anførsler

B helseforetak gjør gjeldende at A ikke har fortrinnsrett til den omtvistede stillingen. De bestrider ikke at A er kvalifisert for stillingen, men anfører likevel at hun ikke innehar alle personlige forutsetninger som er nødvendig for å fungere i den omtvistede stillingen, ettersom stillingen er utlyst som sykepleier i rundturnus, og A på grunn av sin helse har tilrettelagt arbeidstid som bærer at hun ikke jobber nattevakter. Videre mener B helseforetak at tilretteleggingsplikten ikke strekker seg så langt at de er forpliktet til å opprette nye stillinger, i dette tilfellet sykepleierstilling i dag/aften-turnus, for å gi deltidsansatte fortrinnsrett til fast utvidet stilling. De anfører dermed at det vil medføre en vesentlig ulempe for dem å utvide As stilling med tilrettelegging også i de nye 15 prosentene.

Tvisteløsningsnemndas 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 leder 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).

Fortrinnsretten kan også gjelde en del av en stilling. A er fast ansatt i en stilling på 85 prosent og har fremsatt krav om fortrinnsrett til en del av en utlyst stilling på 15 prosent slik at hun til sammen vil få en full stilling.

Det fremgår av lovens ordlyd at fortrinnsretten gjelder «utvidet stilling». I forarbeidene til arbeidsmiljøloven § 14-3 (Innst. O. nr. 100 for 2004-2005 pkt. 17.2) presiseres det at retten gjelder stillinger med om lag samme arbeidsoppgaver som den deltidsansatte allerede utfører i sin faste stilling. Dette er også lagt til grunn i nemndas praksis.

I foreliggende sak har B helseforetak anført at A på grunn av sin helsetilstand «ikke kunne fylle kravet om arbeidsoppgaver i utlysningen, som var sykepleieroppgaver i rundturnus». Slik nemnda ser det, er dette en anførsel vedrørende As kvalifikasjoner for å jobbe i rundturnus, herunder nattevakter, snarere enn en påstand om at arbeidsoppgavene i hennes eksisterende stilling og den omtvistede stillingen ikke er om lag de samme. Det fremgår av sakens opplysninger at As opprinnelige stilling uten tilrettelegging, i likhet med den omtvistede stillingen, også er en sykepleier i rundturnus-stilling ved den samme avdelingen. Nemnda legger derfor til grunn at de to stillingene har om lag samme arbeidsoppgaver.

Når det gjelder vurderingen av om arbeidstaker er kvalifisert, kan det, i henhold til lovens forarbeider, tas hensyn til både faglige og personlige forutsetninger. B helseforetak har etter

nemndas syn som nevnt anført at A ikke er kvalifisert for den omtvistede stillingen, idet de mener at hennes helsetilstand hindrer henne fra å jobbe nattevaktene som inngår i rundturnusen.

Nemnda har etter en konkret vurdering ikke funnet det sannsynliggjort at A ikke innehar de personlige forutsetninger som er nødvendig for å fungere i den omtvistede stillingen, og A må dermed anses som kvalifisert. Nemnda har i vurderingen lagt vekt på at A selv har erklært at hun kan jobbe nattevakter og at dette ble formidlet til arbeidsgiver i forkant av tilsetningsbeslutningen og avslaget. Arbeidsgiver har ikke foretatt seg noe for å avklare spørsmålet ytterligere, og nemnda må da legge til grunn arbeidstakers opplysninger. Videre har nemnda lagt vekt på As opplysning om at arbeidsgiver har påpekt at hennes legeerklæring ikke lenger er gyldig som grunnlag for å ikke jobbe nattevakter, og at denne opplysningen ikke er bestridt fra arbeidsgivers side. A er dermed å anse som kvalifisert for den omtvistede stillingen.

B helseforetak har også anført at det vil medføre en vesentlig ulempe for dem å utvide As stilling med tilrettelegging også i de nye 15 prosentene. 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.

Nemnda har av samme grunn som i vurderingen av As kvalifikasjoner kommet til at det ikke vil medføre noen vesentlig ulempe for B helseforetak å utvide As stilling med 15 prosent. Nemnda trekker igjen frem at det ikke er sannsynliggjort at A ikke er i stand til å jobbe i rundturnus, og det er dermed heller ikke sannsynliggjort at det må tilrettelegges for henne i den omtvistede stillingen.

A har etter dette fortrinnsrett til utvidet stilling etter arbeidsmiljøloven § 14-3. Avgjørende for om hun får utøvd sin fortrinnsrett til den omtvistede stillingen er dermed om de to andre søkerne som ble tildelt stillingen også hadde fortrinnsrett, idet arbeidsmiljøloven ikke gir noen veiledning på hvordan man skal prioritere mellom flere fortrinnsberettigede. Det må dermed i utgangspunktet tilligge arbeidsgiver å foreta denne prioriteringen.

Det fremgår av sakens opplysninger og dokumentasjon at den ene av de to som ble tilsatt i den omtvistede stillingen fra før av var fast ansatt ved avdelingen som sykepleier i rundturnus i stilling på 50 prosent, og at hun fikk økt sin stilling med 25 prosent. Det er ikke omstridt mellom partene at denne ansatte er kvalifisert for den omtvistede stillingen eller at den ikke har om lag samme arbeidsoppgaver som hennes eksisterende stilling. Da det heller ikke foreligger noen opplysninger i saken som tilsier noe annet, legger også nemnda det til grunn. Ansettelsen av denne interne søkeren i 25 prosent stilling var dermed ikke i strid med As fortrinnsrett.

Videre fremgår det av sakens opplysninger og dokumentasjon at den andre av de to som ble tilsatt i den omtvistede stillingen fra før av var ansatt som sykepleier i vikarstilling, og at hun ble ansatt i 50 prosent fast stilling. Nemnda legger til grunn at det er en forutsetning for å kunne utøve fortrinnsrett etter § 14-3 (1) at den deltidsansatte har et fast ansettelsesforhold i virksomheten. Dette fremkommer blant annet av forholdet til bestemmelsene om

fortrinnsrett til ny ansettelse i § 14-2 (2), se nærmere Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) side 227 (annen spalte nest siste avsnitt), og følger også forutsetningsvis av bestemmelsen i § 14-3 (3). Dette er også lagt til grunn i tidligere nemndspraksis, se eksempelvis vedtakene 38/13 og 23/12. Ansettelsen av denne søkeren i stilling på 50 prosent var dermed i strid med As fortrinnsrett.

Konklusjon

Ansettelsen av sykepleieren som hadde vikarstilling var i strid med As fortrinnsrett etter arbeidsmiljøloven § 14-3.

Tvisteløsningsnemnda

Anne Marie Due
Leder

19. mars 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).