

VEDTAK NR 75/11 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Tvisteløsningsnemnda avholdt møte onsdag 23. november 2011.

Ved behandlingen av saken var tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Henning Harborg, leder
Karen Sophie Steen (vara), LO
Elisabeth Lea Strøm, NHO

Særskilt oppnevnte medlemmer

Elin Sveistrup Ødegård, Ahus
Tore Dahlstrøm, NSF

Saken gjelder

Tvist om fortrinnsrett for deltidsansatte etter arbeidsmiljøloven § 14-3

Arbeidstaker

A

Arbeidsgiver

B

Det ble truffet slikt vedtak:

Saksforhold

A er utdannet spesialsykepleier i nefrologi og fast ansatt i stilling på 90 prosent ved B, Medisinsk avdeling, for tiden ved Xseksjonen.

Avdelingen har en 12-delt turnus og har 15 ansatte sykepleiere, hvorav en er avdelingssykepleier. Xseksjonens åpningstid er til kl. 21.00 på mandager, onsdager og fredager og til kl. 15.30 på tirsdager, torsdager og lørdager. Seksjonen har en beredskapsvakt etter åpningstid som dekkes av en sykepleier. I løpet av 12-ukers turnus er det 72 beredskapsvakter, hvorav 12 i helger. Avdelingen skal per 17. oktober 2011 ha hatt 11 sykepleiere til å dekke beredskapsvaktene.

Helseforetaket utlyste i mars 2011 to stillinger for sykepleiere ved Xseksjonen, ett vikariat på 75 prosent stilling og en fast stilling på 50 prosent. Det fremgår av As søknad at hun ønsker full stilling. Også andre deltidsansatte ved avdelingen har krevd fortrinnsrett til deler av stillingene og vikaren som fikk den utlyste fast stillingen på 50 prosent, ønsker en stillingsandel på 75 prosent. Søknadene fra de deltidsansatte skal muntlig ha blitt avslått av arbeidsgiver, men avdelingssykepleier skal ha uttalt at de deltidsansatte skulle få øke sine stillingsbrøker neste gang det ble en stilling ledig.

I juni 2011 ble den tillitsvalgte gjort kjent med at det ville bli ledig en fast stilling på 50 prosent fra 1. november 2011. Arbeidsgiver utlyste ikke denne stillingen, men skal ha vurdert søkerne til stillingene utlyst i mars 2011. En eksternt søker som ble innstilt som nummer tre til den faste stillingen utlyst i mars 2011, ble ansatt i den omtvistede stillingen. Den tillitsvalgte skal ha blitt informert om ansettelsen av den eksterne søkeren 18. juli 2011 og orienterte de berørte sykepleierne samme dag.

Saken ble brakt inn for tvisteløsningsnemnda av tillitsvalgt Z på vegne av arbeidstaker ved e-post av 19. juli 2011. Overfor nemnda har begge parter fått anledning til å komme med utfyllende merknader i saken.

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidstakersiden:

- e-post av 19. juli 2011
- brev av 28. juli 2011
- e-post av 8. august 2011
- brev av 30. august 2011
- brev av 2. september 2011
- brev av 3. september 2011
- brev av 5. september 2011

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev av 9. september 2011

Arbeidstakers anførsler

Arbeidstaker, representert av tillitsvalgte anfører i det vesentligste:

Ansettelse av ekstern søker var i strid med arbeidstakers fortrinnsrett som deltidsansatt. Arbeidstaker tilbakeviser arbeidsgivers påstand om at hun tidligere har hatt mulighet til å søke utvidet stilling, men ikke har ønsket dette. Arbeidstaker kan ikke se at utøvelse av fortrinnsrett vil være til vesentlig ulempe for virksomheten. Arbeidsgiver har bare lagt til grunn at det er problematisk å fordele flere ukurante vakter, uten å drøfte dette med de ansatte. Flere av de deltidsansatte har imidlertid sagt seg villig til å jobbe ekstra beredskapsvakter. Virksomheten kan ikke basere driften på at økt arbeidsbelastning ved avdelingen dekkes av flere deltidsansatte som jobber ekstravakter.

Forslaget om økt stillingsandel ved at arbeidstaker kan jobbe på andre medisinske avdelinger anses ikke som relevant for den omtvistede stillingen. Det stilles også spørsmål ved hensiktsmessigheten av at sykepleiere med lang dialyseerfaring og spesialkompetanse skal jobbe som vikarer i små stillinger på andre avdelinger.

Arbeidsgivers anførsler

B anfører i det vesentligste:

Arbeidsgiver ønsker å tilrettelegge for at ansatte får øke stillingsprosenten sin forutsatt at det er driftsmessig forsvarlig. Det vises til at en av de ansatte fikk økt sin stilling fra 75 prosent til full stilling våren 2011. Arbeidsgiver viser til at arbeidstaker på et tidligere tidspunkt har hatt mulighet til å øke sin stillingsandel, men at hun ikke har ønsket dette. Avdelingssjef ved medisinsk avdeling vil også vurdere om det er mulig å utvide stillingen ved å tilby arbeid på andre medisinske poster. Dersom det ikke er mulig, vil arbeidsgiver være i dialog med arbeidstaker for å kunne øke stillingen gjennom ressurscenteret som vikar ved andre avdelinger. Utøvelse av fortrinnsrett til omtvistet stilling ville medført en vesentlig ulempe for virksomheten. Avdelingen har en 12 ukers turnus med beredskapsvakter og helger som skal dekkes. Enkelte sykepleiere ved avdelingen har av helsemessige årsaker tilrettelagt turnus i form av fritak fra vakter. Ansettelse av sykepleiere som allerede arbeider i avdelingen med vaktbelastning, ville ha medført at mengden ukurante vakter ville øke på den resterende delen av personalet. Gunstige arbeidstidsordninger vurderes som en viktig faktor for å beholde personalet på avdelingen.

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 avsto krav fra arbeidstaker, jf forskrift om tvisteløsningsnemnd etter arbeidsmiljøloven § 3 tredje ledd. Nemnda legger til grunn at søknaden om fortrinnsrett for arbeidstaker ble avslått av arbeidsgiver foretok ansettelse i den ledige stillingen og legger til grunn at arbeidstaker ble orientert om dette den 18. juli 2011. Arbeidstakers representert av tillitsvalgte brakte tvisten inn for tvisteløsningsnemnda i e-post av 19. juli 2011. Saken anses dermed som rettidig innbrakt.

Arbeidsmiljøloven § 14-3 første ledd fastsetter at deltidsansatte har fortrinnsrett til utvidet stilling fremfor at arbeidsgiver foretar ny ansettelse i virksomheten. Selv om stillingen etter det opplyste ikke ble utlyst, er det ikke bestridt at virksomheten hadde en ledig stilling på 50 prosent og at det i denne stillingen ble ansatt en ekstern kandidat.

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. Det er ingen uenighet mellom partene om at arbeidstaker er kvalifisert til stillingen. Spørsmålet nemnda må ta stilling til er om utøvelse av fortrinnsretten vil være til vesentlig ulempe for virksomheten.

Nemnda bemerker innledningsvis at arbeidsgiver har uttalt at man vil vurdere forskjellige muligheter for å utvide arbeidstakers stilling ved arbeid på andre avdelinger. Etter nemndas praksis kan tilbud om utvidelse ved andre avdelinger eller liknende ha en viss betydning i den interesseavveining som skal gjøres, men slik nemnda oppfatter arbeidsgiver her, er det ikke fremsatt et konkret tilbud overfor arbeidstaker om stillingsutvidelse. Det er bare gitt uttrykk for at man vil *se på muligheten* for å utvide stillingen hennes. Nemnda kan ikke tillegge slike uforpliktende utsagn nevneverdig vekt.

Arbeidsgiver har også anført at arbeidstaker på et tidligere tidspunkt skal ha hatt muligheten til å utvide stillingen, men at hun da ikke ønsket det. Dette bestrides av arbeidstaker, men nemnda trenger ikke ta stilling til den uenigheten. At man tidligere har hatt tilbud om eller mulighet til utvidelse, er ikke til hinder for at man senere kan gjøre fortrinnsrett gjeldende til ledige stillinger.

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. Etter forarbeidene vil 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 stilling. Når forarbeidene uttaler at deling av en stilling som hovedregel vil medføre vesentlig ulempe, skyldes dette i hovedsak at det som regel vil være uhensiktsmessig for arbeidsgiver å bli sittende med en mindre reststilling. Dette understrekes av uttalelsene i forarbeidene om at dersom den utlyste stillingen kan kombineres med den stillingsandel den fortrinnsberettigede har, må utgangspunktet tvert imot være at denne kan utøve fortrinnsrett. Da vil arbeidsgiver nettopp ikke bli sittende med en liten restandel. Med henvisning til bl.a. sakene 47/07, 42/09 og 07/10, legger nemnda til grunn at tilsvarende betraktninger må tilsi at flere søkere sammen må kunne gjøre krav på hver sin andel av en utlyst deltidsstilling når de til sammen overtar hele, og den enkeltes andel kan kombineres med dennes stilling.

Slik nemnda ser det, er dette nettopp tilfellet her. Flere av As kolleger (se vedtak 74/11, 76/11 og 73/11) gjorde fortrinnsrett gjeldende til stillinger på henholdsvis 10 og 25 prosent. Vikaren som søkte på de utlyste stillingene i mars 2011, og som 1. september 2011 ble fast ansatt i stilling på 50 prosent, ønsker stilling på 75 prosent stilling. Nemnda legger derfor til grunn at arbeidsgiver kunne ha delt stillingen på flere arbeidstakere, og arbeidsgiver kan derfor ikke høres med at utøvelse av fortrinnsrett vil medføre uforholdsmessig ulempe ved at man vil bli sittende med en ukurant reststilling.

Slik nemnda forstår arbeidsgiver, anføres imidlertid også at det vil medføre vesentlig ulempe at den ledige stillingen fordeles på flere arbeidstakere slik at det blir færre hoder ved avdelingen og derved større helgevaktbelastning for kollegene. Nemnda er enig i at det vil være en ulempe for arbeidsgiver, men kan ikke se at den vil være vesentlig i lovens forstand.

Utfordringer med å dekke opp helgevakter og beredskapsvakter er en generell ulempe som vil kunne påberopes i alle saker der fortrinnsrett til utvidet stilling gjøres gjeldende hos en arbeidsgiver med en slik vaktordning, og som – om den skulle anses vesentlig – 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 komitéflertallet uttaler følgende:

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

Slik saken er opplyst, finner nemnda etter en konkret helhetsvurdering at det ikke er tilstrekkelig grunnlag for å konkludere med at utøvelse av fortrinnsrett for den deltidsansatte ville medføre vesentlig ulempe for virksomheten. Arbeidsgiver synes i liten grad å ha gjort konkrete forsøk på å overkomme vanskelighetene. Flere av de deltidsansatte skal ha sagt seg villig til å jobbe ekstra beredskapsvakter, uten at dette er hensyntatt av arbeidsgiver.

Nemnda finner etter dette at det var i strid med As fortrinnsrett som deltidsansatt at en ekstern søker ble ansatt i den omtvistede stillingen. Nemnda presiserer at den ikke tar stilling til forholdet mellom A og de andre fortrinnsberettigede til stillingen.

Konklusjon

Arbeidstaker gis medhold i at den foretatte ansettelsen var i strid med hennes fortrinnsrett.

Tvisteløsningsnemnda

Henning Harborg
leder

Lillestrøm, 28.11.2011

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.

