

VEDTAK NR 73/11 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 sykepleier og fast ansatt i stilling på 50 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. A fremsatte muntlig søknad om å øke sin stilling til 75 prosent. 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:

Ansettelsen 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. Hun viser for øvrig til at hun per i dag jobber en del ekstravakter. Som følge av lang avstand til jobb har hun ikke beredskapsvakter. 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 ressursenteret 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. A har ikke beredskapsvakter i stillingen hun i dag innehar. En slik ordning kan fungere i mindre stillinger, men vil medføre 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 avslo 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.

Nemnda har etter en konkret vurdering kommet til at utøvelse av fortrinnsrett for arbeidstaker i dette tilfellet ville medføre en vesentlig ulempe for arbeidsgiver. Det er i vurderingen lagt vekt på at avdelingen er avhengig av et visst antall ansatte for å få dekket opp beredskapsvakter og vakter i helger, og at A er fritatt for beredskapsvakter på grunn av lang reise vei. Nemnda legger derfor til grunn at utvidelse av As stilling ville ha medført at mengden ukurante vakter vil øke på den resterende delen av personalet, og at det vil medføre en vesentlig ulempe.

Det legges etter en helhetsvurdering til grunn at det ville medføre en vesentlig ulempe for arbeidsgiver å utvide As stilling med ytterligere 25 prosent.

Konklusjon

Arbeidstaker gis ikke medhold.

Tvisteløsningsnemnda

Henning Harborg
Leder

Lillestrøm, 25.11.2011

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.