

VEDTAK NR 11/11 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Tvisteløsningsnemnda avholdt møte torsdag 3. mars 2011 i Oslo.

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

Synne Bjørkvik Staalen, Den norske legeforening
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 fast ansatt som helsesekretær i 80 prosent stilling ved B. Ved legesenteret arbeider det til sammen seks helsesekretærer med stillingsandeler fra 40 til 80 prosent.

21. november 2010 søkte A om å få utvidet sin stilling til 100 prosent med henvisning til bestemmelsen om fortrinnsrett for deltidsansatte i arbeidsmiljøloven § 14-3. En av de andre helsesekretærene sluttet i sin stilling på 80 prosent høsten 2010. Den ledige stillingen skal ikke ha blitt utlyst.

Arbeidsgiver avslo søknaden om fortrinnsrett i brev av 24. november 2010. Av arbeidsgivers avslag fremgikk det at arbeidsgiver ville opprettholde stillingsstørrelsene ved senteret. Det fremgikk videre at også den ledige stillingen er på 80 prosent, og at arbeidsmiljøloven § 14-3 dermed ikke kommer til anvendelse i dette tilfellet.

Den omtvistede stillingen ble besatt av en ekstern kandidat. Vedkommende skal ha tiltrådt stillingen 1. desember 2010, først med arbeidsavklaringspenger fra NAV, og fra 1. januar 2011 med lønnstilskudd fra NAV.

Saken ble brakt inn for tvisteløsningsnemnda ved brev av 21. desember 2010.

22. desember 2010 fremsatte arbeidstaker begjæring om midlertidig forføyning overfor B med påstand om å forby legesenteret å tilby tilsetning eller å tilsette andre enn A inntil det forelå en avgjørelse i tvisteløsningsnemnda. I X tingsretts kjennelse av 21. januar 2011 ble begjæring om midlertidig forføyning avvist da vilkåret om rettslig interesse ikke var oppfylt. Retten viste til at stillingen A krevde fortrinnsrett til, var besatt.

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

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra NITO, på vegne av arbeidstaker:

- brev av 21. desember 2010
- brev av 17. januar 2011
- brev av 2. februar 2011
- e-post av 2. mars 2011

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra advokat Y, på vegne av arbeidsgiver:

- brev av 17. januar 2011
- brev av 14. februar 2011
- brev av 21. februar 2011

Arbeidstakers anførsler

NITO, på vegne av arbeidstaker, anfører i det vesentligste:

A har krav på å få utvidet sin stilling fremfor at arbeidsgiver foretar ny ansettelse. A er kvalifisert for stillingen, hvilket heller er ikke bestridt fra arbeidsgivers side. Arbeidsgiver legger feilaktig til grunn at man er avskåret fra å kreve fortrinnsrett til deler av en stilling.

Det avgjørende spørsmål må være om utøvelse av fortrinnsrett vil medføre vesentlig ulempe for virksomheten. Det kan ikke være til vesentlig ulempe at en av helsesekretærene har full stilling og en annen 60 prosent, fremfor at to har stillinger på 80 prosent. Det er ikke vanskeligere å rekruttere en arbeidstaker til en stilling på 60 prosent enn til stilling på 80 prosent. Arbeidsgiver har ikke godtgjort at utøvelse av fortrinnsrett vil medføre vesentlig ulempe for virksomheten i dette tilfellet.

Arbeidsgivers anførsler

Advokat Y, på vegne av arbeidsgiver, anfører i det vesentligste:

A har ikke krav på å få utvidet stilling i dette tilfellet. Etter arbeidsmiljøloven § 14-3 kan deltidsansatte ha fortrinnsrett til utvidet stilling fremfor at arbeidsgiver foretar ny ansettelse i virksomheten. Fortrinnsretten er imidlertid ikke absolutt. I lovens forarbeider, fremgår at bestemmelsen ikke skal forstås slik at deltidsansatte gis adgang til å velge å utvide sin eksisterende stillingsbrøk ut fra egne preferanser. Den som gjør fortrinnsretten gjeldende må ta *hele* den utlyste/ledige stillingen. Den aktuelle stillingen er på 80 prosent og er således ikke en mindre stillingsbrøk som kan kombineres med den deltidsstillingen A allerede innehar.

En reststilling på 60 prosent vil medføre en vesentlig ulempe for arbeidsgiver. Fordelingen av personalressursene er gjort under hensyn til rasjonell og ansvarlig drift. Legetjenesten ved senteret er organisert slik at legene har satt av en fast dag per uke (onsdager) til ulike møter. Utover øyeblikkelig hjelp/legevakt ytes det ikke kurativ legehjelp ved legesenteret på onsdager. Seks av de fire helsesekretærene jobber i 80 prosent med fire dagers uke (fri onsdag), en arbeider i stilling på 60 prosent mandag, torsdag og fredag. En av helsesekretærene arbeider i stilling på 40 prosent og har arbeidet mandager og tirsdager. Sistnevnte har ansvar for bestillinger, innkjøp samt videresending av rekninger til regnskapskontoret. Som følge av stor pasientpågang er det vanskelig å få utført disse arbeidsoppgavene når legesenteret har ordinær kurativ drift. Vedkommende skal derfor skifte arbeidsdag til onsdager per 1. mars 2011 slik at disse arbeidsoppgavene kan ivaretas når det er roligere ved senteret.

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. Nemnda legger til grunn at søknaden om fortrinnsrett for A ble avslått av arbeidsgiver i brev av 24. november 2010. NITO brakte tvisten inn for tvisteløsningsnemnda i brev av 21. desember 2010. 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 80 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 ikke omtvistet at A er kvalifisert, og det avgjørende er derfor om utøvelse av fortrinnsrett ville vært 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) side 227, fremgår det at dette 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 kan forbeholdet om vesentlig ulempe, som anført av arbeidsgiver, 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 (eksempelvis 45/09) 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. Nemndas praksis tilsier derfor at det ikke kan utelukkes at man kan gjøre fortrinnsretten gjeldende til en del av en utlyst stilling og at virkningene for arbeidsgiver må vurderes konkret, men at hovedregelen på bakgrunn av lovens forarbeider må være at en deling av en utlyst stilling vil utgjøre en ulempe for arbeidsgiver. I dette ligger at det i slike tilfeller må stilles relativt små krav til arbeidsgivers konkretisering av negative virkninger. Nemnda har i denne saken likevel kommet til at arbeidsgiver ikke har dokumentert at det foreligger en vesentlig ulempe å dele opp stillingen på 80 prosent slik A har bedt om. Dette vil medføre at arbeidsgiver sitter igjen med en reststilling på 60 prosent, hvilket i dette tilfellet vanskelig kan ses som en liten reststilling som det vil være problematisk å fylle. At alle de seks helsesekretærene ved senteret etter det opplyste arbeider i stillingsandeler fra 40 til 80 prosent, tilsier at det ikke bør være forbundet med vesentlig ulempe å fylle en slik stilling. Nemnda legger videre en viss vekt på at arbeidsgiver har innrettet avdelingen slik at man belager seg på at samtlige helsesekretærer må arbeide deltid. Dette står i et tvilsomt forhold til formålet med § 14-3 som er å sørge for at arbeidstakere som ønsker å arbeide full tid, i størst mulig utstrekning skal gis mulighet for dette (se nemndas vedtak i sakene 47/07, 48/07 og 49/07).

Konklusjon

Ansettelsen av en ekstern søker var i strid med As fortrinnsrett etter § 14-3.

Tvisteløsningsnemnda

Henning Harborg
leder

Lillestrøm, 04.03.2011

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.