



Tvisteløysingsnemnda

Vedtaksdato

28.09.2023

Vår referanse

2023/95

Saksbehandlar

Birgit Espejord Jensen

VEDTAK NR 90/23 I TVISTELØYSINGSNEMNDA

Saka gjeld

Tvist om fortrinnsrett for deltidsansatte etter arbeidsmiljøloven § 14-3 mellom A og B kommune.

Vedtak

Tilsettinga av ein ekstern søkjar var i strid med A sin fortrinnsrett etter arbeidsmiljøloven § 14-3.

Samansetninga til nemnda

Steffen Rogstad, nestleder

Jan Eikeland, Akademikerne, fast medlem arbeidstakersida

Andreas Dag Nilsen, KS, fast medlem arbeidsgiversida

Arnfinn Grønvold, Lillestrøm kommune bransjemedlem arbeidsgiversida

Trude Hansen, Norsk Sykepleierforbund bransjemedlem arbeidstakersida

Bakgrunnen i saka

A er fast tilsett som avdelingssjukepleiar i stilling på 50,7 prosent i B kommune, for tida ved C sjukeheim.

B kommune lyste ut ei ledig stilling som sjukepleiar/vernepleiar i 63,38 prosent ved C sjukeheim.

Den 8. mai 2023 søkte A på fortrinnsrett til deler av den utlyste stillinga som sjukepleiar. Ho ynskte å auke stillinga si med ei nattevakt på fire veker, noko som utgjer 5 prosent stilling.

B kommune avslo kravet i e-post av 9. mai 2023, og har grunngjeve avslaget med at det ville være til vesentleg ulempe for verksemda om fortrinnsretten vert innvilga. Ein ekstern søkjarar blei tilsett i stillinga.

Den 10. mai 2023 fekk A skriftleg tilbod fra arbeidsgivar om vakt i timebank, noko ho ikkje har teke imot.

Dokumenta i saka

A sende saka til nemnda den 9. mai 2023.

Begge partane har fått høve til å kome med utfyllande merknader.

A har sendt følgande til nemnda:

- brev av 9. mai 2023
- brev av 30. mai 2023
- brev av 23. juni 2023

B kommune har sendt følgande til nemnda:

- brev av 7. juni 2023
- brev av 7. august 2023

Arbeidsgivar sitt syn på saka

B kommune gjer gjeldande at A ikkje kan få medhald i sitt krav fordi det ville innebere vesentlig ulempe for verksemda om fortrinnsretten vert innvilga.

Ei reststilling mindre enn 63,38 prosent hevdar B kommune ville gjort det vanskelegare å rekruttere i stillinga, og viser til at to av søkjarane opplyste at dei kom til å trekkje søknadane dersom stillinga blei mindre.

Kommunen hevdar vidare at det var to interne søkjarar som hadde kravd fortrinnsrett til deler av stillinga. Ei eventuell auka i deira stilling ville ha medført enda lågare reststilling.

Arbeidstakar sitt syn på saka

A gjer gjeldande at ho hadde fortrinnsrett til deler av stillinga som sjukepleiar fordi ho har ei fast deltidsstilling som ho ynskjer å utvide med ei nattevakt per fjerde uke, noko som vil utgjere 5 prosent auke av hennar stilling. Ho meiner at kommunen kan utvide stillinga hennar, utan at det ville føre til vesentlig ulempe for arbeidsgivar. Reststillinga ville då ha vore på 58,38 prosent, noko som er en vanlig stillingsprosent for nattevakter. Ho meiner at det derfor ville ha vore mogleg å få tilsett nokon i reststillinga.

Videre hevdar A at B kommune ikkje har drøfta en eventuell fortrinnsrett med ho etter arbeidsmiljølova § 14-3.

Lovgrunnlag og kva partane er ueinige om

Tvisteløysingsnemnda kan etter arbeidsmiljøloven § 17-2 avgjere tvistar som nemnt i arbeidsmiljøloven 14-3 første ledd:

«Deltidsansatte har fortrinnsrett til utvidet stilling fremfor at arbeidsgiver foretar ny ansettelse eller innleie i virksomheten. Fortrinnsretten kan også gjelde en del av en stilling.»

Etter § 14-3 tredje ledd må arbeidstakar vere kvalifisert for stillinga og utøving av fortrinnsretten må ikkje innebere vesentlege ulemper for verksemda.

I denne saka er partane ueinige om det ville ha vore vesentleg ulempe for verksemda om fortrinnsretten skulle ha blitt innvilga.

Grunngivinga til nemnda

Nemnda har delt seg i eit fleirtal og eit mindretal. Fleirtalet, medlemmene Rogstad, Grønvold, Eikeland og Hansen, har kome til at arbeidstakar får medhald i sitt krav. Mindretalet, medlem Nilsen, har kome til at arbeidstakar ikkje får medhald i sitt krav.

Nemnda har gjort disse vurderingane:

Partane i saken er einige i at vilkåra i loven er oppfylte, bortsett fra vilkåret om det ville ha vore vesentleg ulempe for verksemda dersom A skulle ha fått fortrinnsrett til deler av stillinga som blei utlyst.

Dokumenta i denne saken viser at den andre arbeidstakaren ikkje hadde fortrinnsrett, da ein ekstern søker blei tilsett i stillinga.

Nemnda går derfor vidare til å vurdere om A hadde fortrinnsrett til stillinga.

Nemndas fleirtal har kome til at det ikkje ville innebere vesentlege ulemper for B kommune om A fekk fortrinnsrett til deler av den utlyste stillinga med ei nattevakt per fjerde veke, tilsvarande 5 prosent auke av si faste deltidsstilling.

Det må gjerast ei konkret vurdering av om utøving av fortrinnsretten gir urimeleg utslag for verksemda. Kravet til at ulempene må vere «vesentlege», betyr at det ikkje er nok med ei generell ulempe. I forarbeida til arbeidsmiljøloven § 14-3 (Ot. prp. nr. 49 (2004-2005) pkt. 17.2.6) blir det nemnt nokre eksempel på kva som kan vere vesentlege ulemper. Det kan vere ei ulempe å ikkje få tilsett fleire personar, eksempelvis for å unngå konflikt med arbeidstidsreglar. Fortrinnsretten kan gi ulemper for andre arbeidstakarar, som fleire ugunstige vakter eller færre personar å dele arbeidet på.

Det er arbeidsgivar som må sannsynleggjere at å innvilge fortrinnsretten vil innebere vesentlege ulemper.

Fortrinnsretten kan etter ordlyden også gjelde ein del av ei stilling. I tilfelle der fortrinnsretten gjeld ein del av ei stilling, nemner forarbeida (Prop. 57 L (2017-2018) punkt 7.3 nokre eksempel på kva som kan vere vesentlege ulemper. Det kan vere problem med å rekruttere kvalifiserte søkjarar til resten av ei stilling eller at talet på deltidsstilsette aukar.

Utgangspunktet er at oppdeling av ei stilling i seg sjølv er ei ulempe for arbeidsgivar, og at det blir stilt relativt små krav til konkretisering av negative verknader for at nemnda skal rekne dei som vesentlege etter lova. Alle ulempene må vurderast samla og konkret i kvar enkelt sak.

Nemnda har lagt vekt på at auke i A si stilling med ei nattevakt per fjerde uke ville gje 5 prosent auke i stillinga hennar, og det ville ha vore ei reststilling på 58,38 prosent av den utlyste stillinga.

Tvisteløysningnemnda sitt fleirtal har kome til at ulempene ved å gje A fortrinnsrett til deler av den utlyste stillinga på 63,38 prosent ikkje er vesentlege i denne saken. Ved å auke A si stilling ville arbeidsgivar sitte igjen med ei stilling på 58,38 prosent. Ei slik oppdeling ville verken redusere eller auke talet på deltidsansatte hos arbeidsgivaren. Ut frå formålet til § 14-3 er det midt i kjerneområdet for regelen å auke stillinga til deltidsstilsette når det er ledige stillinga. Dette kan derfor ikkje i seg sjølv vere ei vesentleg ulempe.

Arbeidsgivar opplyser at det ville ha vore vanskelegare å rekruttere i stillinga i ein mindre stillingsstørrelse. Fleirtalet kan ikkje sjå at arbeidsgivar har underbygga dette ut over å vise til at dei som blei intervjuet til stillinga uttrykte at dei kom til å trekkje søknaden om stillingsstørrelsen vart mindre. Det er etter fleirtalet sitt syn ein generell ulempe.

Nemnda sitt fleirtal noterer at fortrinnsretten etter § 14-3 i seg sjølv er ei avgrensing i arbeidsgivarar rett til fritt å tilsette den søkjaren dei ønsker. Fleirtalet er av den oppfatning at ei reststilling på omtrent 50 prosent er ein nokså vanlig stillingsprosent for nattstillingar i denne bransjen, og finner at arbeidsgivarar ikkje har sannsynleggjort at søknadsmassen ville sett annleis ut om kommunen hadde forsøkt å lyse ut stillinga i en mindre prosent.

Nemnda sitt fleirtal har og vektlagt at auke i stillinga med 5 prosent i praksis dreiar seg om ei nattevakt kvar fjerde veke, noko fleirtalet meiner arbeidsgivarar kunne ha fått til. Etter fleirtalet sitt syn har arbeidsgivarar ikkje dokumentert at det føreligger vesentleg ulempe i si vurdering av fortrinnsretten til A.

Mindretalet i nemnda, har kome til at det er ei vesentleg ulempe om A skulle ha fått fortrinnsrett til deler av den utlyste stillinga på 63,38 prosent.

Arbeidsgivarar har dokumentert at det ikkje ville ha blitt tilsett nokon i stillinga, da dei to eksterne søkjarane sa at dei kom til å trekkje søknadene sine dersom stillinga blei mindre enn det som var lyst ut. Dette er også i kjernen av det forarbeida påpeiker kan være ei vesentleg ulempe, jf.. Prop 57 L (2017-2018), side 41:

At arbeidsgivarar blir sitjande igjen med ei reststilling det vil kunne være vanskeleg å rekruttere kvalifiserte søkjarar til, kan innebere ei slik vesentleg ulempe.

Forarbeida opnar for at der kor det vil være vanskeleg å rekruttere til den utlyste stillinga, så vil det i seg sjølv kunne være ei vesentleg ulempe. I denne saka er det dokumentert at det er tilfellet.

Arbeidsgivararens behov for og vanskar med å tilsetje fleire sjukepleiarar, heldt opp mot at det i denne saka er sannsynleggjort at dei to søkjarane ikkje ville ha akseptert ein lågare stillingsprosent, medfører at det er ei vesentleg ulempe etter arbeidsmiljøloven § 14-3.

Utøving av fortrinnsretten vil ikkje innebere ei vesentleg ulempe for verksemda og A hadde fortrinnsrett til deler av stillinga som sjukepleiar.

Nemnda ser også at det er uheldig at arbeidsgivarar ikkje har drøfta spørsmålet med arbeidstakaren slik arbeidsmiljøloven § 14-3 fjerde ledd krevjar.

Nemndas konklusjon

Tilsettinga av ein ekstern søkjar var i strid med A sin fortrinnsrett etter arbeidsmiljøloven § 14-3.

Tvisteløsningsnemnda

Steffen Rogstad

Nestleder

28. september 2023