

VEDTAK I TVISTELØSNINGSNEMNDA

For behandling av sak nr 06/07 i tvisteløsningsnemnda ble det onsdag 28.03.2007 avholdt møte i departementsbygningen i Akersgata 59 (R5).

Ved behandlingen av saken var tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Seniorrådgiver Hanne Inger Bjurstrøm (leder), advokat Elisabeth Lea Strøm (NHO) og advokat Anette Lunde Barlinn (LO)

Særskilt oppnevnte medlemmer

Seksjonsleder Sine Kari Braanaas, Rikshospitalet – Radiumhospitalet
Advokat Cathrine Cruse Hennig, Norsk Sykepleierforbund

Saken gjelder

Tvist om fortrinnsrett for deltidsansatt etter arbeidsmiljøloven § 14-3

Arbeidstaker

A

Arbeidsgiver

B

Det ble truffet slikt

vedtak:

Saksforhold

A er ansatt som bioingeniør ved B (heretter "sykehuset"), med arbeidssted ved avdeling for X. A har vært ansatt ved sykehuset i ulike stillinger og med ulike stillingsbrøker fra begynnelsen av mars 2001. Frem til svangerskapspermisjon i slutten av juli 2005 var hun ansatt i 100 prosent stillinger, men med ulike brøker av fast ansettelse fra 47 prosent til 60 prosent. Fra februar 2006 har den faste stillingsbrøken vært 60 prosent.

Per i dag arbeider A i stilling med total stillingsbrøk på 80 prosent, hvorav 60 prosent er fast stilling og 20 prosent er et vikariat.

I slutten av juni 2006 ble det foretatt eksternt utlysning av to faste bioingeniørstillinger ved avdeling for X, hvor A har sitt arbeidssted. Det ble utlyst en 50 prosent stilling og en 100 prosent stilling. I brev av 09.07.2006 søkte A den ledige 100 prosent stillingen. I brev av 06.09.2006 fra sykehuset ble A meddelt at hun ikke ble tilsatt i stillingen.

I begynnelsen av september 2006 fremsatte tillitsvalgt C krav om 100 prosent fast stilling for A i medhold av arbeidsmiljøloven § 14-9 nr 5. Se brev av 04.09.2006 til sykehuset fra C.

Kravet ble avslått i brev av 20.09.2006 fra sykehuset, men arbeidsgiver la i brevet til grunn at Arbeidstaker var omfattet av bestemmelsen i arbeidsmiljøloven § 14-3 om fortrinnsrett for deltidsansatte. I denne forbindelse ble A i brevet oppfordret til å søke ledige stillinger fremover, og slik at hun da ville bli vurdert i forhold til bestemmelsen om fortrinnsrett i § 14-3. I brev av 13.10.2006 fra tillitsvalgt C til sykehuset ble det bedt om en redegjørelse for årsaken til at A som deltidsansatt med fortrinnsrett ikke ble tilbudt stillingen som bioingeniør, jf brevet av 20.09.2006 fra sykehuset.

I svarbrev av 02.11.2006 viste sykehuset til at det er en forutsetning for fortrinnsrett etter arbeidsmiljøloven § 14-3 at tilsetting ikke vil innebære vesentlig ulempe for virksomheten. I brevet ble det opplyst at avdelingssjefen ved sykehuset hadde vurdert at det ville føre til vesentlig ulempe dersom to 50 prosent stillinger skulle omgjøres til en 100 prosent stilling. I denne sammenheng ble det i brevet påpekt at turnusproblematikken i forbindelse med helgevakter ville medføre udekte helgevakter, noe som igjen ville være en belastning for alle ansatte ved avdelingen. Sykehuset hadde derfor ikke anledning til å tilby A to deltidsstillinger.

Saken ble brakt inn for tvisteløsningsnemnda ved e-post av 30.11.2006 fra NITO og etterfølgende brev av 02.01.2007. Overfor nemnda har begge parter fått anledning til å komme med utfyllende merknader. Det vises i denne forbindelse til brev av 26.01.2007 og 14.03.2007 fra NITO, samt brev av 22.02.2007 og notat av 06.03.2007 fra sykehuset.

Arbeidstakers anførsler

På vegne av A anfører NITO i det vesentligste:

Fire ukers fristen i forskrift om tvisteløsningsnemnd § 3 må regnes fra 02.11.2006. Det er først på dette tidspunkt arbeidsgiver formelt avslø arbeidstakers rett til full stilling etter arbeidsmiljøloven § 14-3. Fristen er overholdt ved e-post som ble sendt til sekretariatet 30.11.2006.

Etter arbeidsmiljøloven § 14-3 kreves det ikke at arbeidstaker eksplisitt må vise til bestemmelsen om fortrinnsrett eller bruke formuleringer som ”jeg krever fortrinnsrett”. Loven slår tydelig fast at deltidsansatte ”har fortrinnsrett til utvidet stilling fremfor at arbeidsgiver foretar ny ansettelse”, og det innebærer en rettighet for arbeidstaker som arbeidsgiver av eget tiltak plikter å ta hensyn til. I Ot prp nr 49 for 2004-2005 side 228 heter det i denne forbindelse at arbeidsgiver plikter å vurdere fremgangsmåter for å avdekke om det er kvalifiserte og interesserte fortrinnsberettigede søkere.

Arbeidsgiver har vært godt kjent med at A er og har vært deltidsansatt, noe som for øvrig fremgår av hennes stillingssøknad. Av søknaden fremgår at A søker på fast 100 prosent stilling som bioingeniør fordi hun ønsker seg *full fast stilling*.

A er kvalifisert til stillingen som bioingeniør, og hun har i en årrekke fungert i tilsvarende stilling. Det er heller ikke omtvistet at hun er kvalifisert.

Som begrunnelse for sitt avslag har arbeidsgiver oppgitt at tilsetting vil medføre vesentlig ulempe for virksomheten ved at to 50 prosent stillinger omgjøres til en 100 prosent stilling. Nærmere bestemt handler dette om turnusproblematikk i forbindelse med helgevakter.

Ifølge arbeidsgiver vil det medføre en belastning for alle ansatte på avdelingen dersom A får øket sin stillingsandel til 100 prosent. I sitt avslag har arbeidsgiver imidlertid ikke begrunnet hvorfor dette skal medføre en vesentlig ulempe.

Ifølge NITOs tillitsvalgte på sykehuset vil merbelastningen for øvrige ansatte bli liten. De ansatte ved avdelingen arbeider 3,5 helger i en 12 ukers turnus, noe som ligger godt innenfor arbeidsmiljølovens krav om arbeidsfri.

Ved utvidelse av As stillingsandel fra 60 prosent til 100 prosent ville det blitt igjen 10 prosent av den ledige 50 prosent stillingen. De gjenværende 10 prosent kunne for eksempel blitt tildelt en av de tre andre vikarene som er ansatt ved avdelingen.

Arbeidsgiver har ikke påberopt seg den eventuelle ulempe at stillingen som bioingeniør allerede er besatt, og det er derfor ulempevurderingen knyttet til helgevakter som er vurderingstema for tvisteløsningsnemnda.

Av brev datert 22.02.2007 fra sykehuset fremgår hvilke forhold arbeidsgiver har vektlagt ved sin ulempevurdering. Etter NITOs oppfatning er de påberopte ulemper ikke av slik art at A skal fratras retten til utvidet stilling.

Arbeidsgivers ulempevurdering er forelagt A og plasstillitsvalgt C, som har følgende merknader knyttet til punkt 1 – 6 i sykehusets brev:

1. Diskusjonen med lokal tillitsvalgt gjaldt deling av stillingsbrøker generelt og ikke i forhold til denne saken spesielt.
2. A og C er ikke enig i at sammenslåing av to reduserte stillinger vil føre til økt vaktbelastning for den enkelte ansatte. Flere ansatte i vaktstilling har hatt så lite vakter at de nesten mister retten til 35,5 timers uke, og flere kan tenke seg større vaktbelastning.
3. Det er ikke sikkert at vakanser oftest dekkes av fast ansatte. Tre vikarer deler en 100 prosent stilling. To av disse ønsker 100 prosent stilling og en ca 50 prosent, så det bør være litt å gå på. Vakante vakter blir kunngjort ved opphengt liste og interesserte må skrive seg på listen. Vikarene blir ikke alltid spurt først og de får per i dag ikke jobbe så mye som de ønsker.
4. Vanskelighetene med å dekke vakante vakter varierer veldig mye.
5. Poenget med behovet for ressurser i akutsituasjoner er ganske søkt, idet alvorlige akutsituasjoner forekommer ytterst sjeldent.
6. A og C er enig i målsetningen om å belaste eksisterende bemanningsgruppe med minst mulig helg og kvelds-/nattevakter.

Som sykehuset skriver i sitt brev er det videre riktig at det var flere deltidsansatte som søkte de to ledige stillingene som ble utlyst i slutten av juni 2006, herunder stillingen som A søkte. Det er imidlertid ikke riktig at disse har godtatt de hensyn som arbeidsgiver legger til grunn for ikke å gi fortrinnsrett til deltidsansatte.

Arbeidsgivers anførsler

Sykehuset anfører i det vesentligste:

I Ot prp nr 49 for 2004-2005 side 330 gis det klart uttrykk for at en ansatt ikke kan påberope seg retten til å få tildelt deler av en utlyst ledig stilling, jf andre avsnitt i merknadene til arbeidsmiljøloven § 14-3.

Arbeidsgiver har i 6 punkter følgende vurdering av ulempene knyttet til utvidet stilling for A:

1. For det første er det ikke riktig at arbeidsgiver ikke vurderte fortrinnsrett for A. Eventuell fortrinnsrett ble grundig vurdert og konklusjonen var at det ville medføre vesentlig ulempe å redusere bemanningen med en person. Dette ble også diskutert med lokal NITO tillitsvalgt, som var enig i vurderingen. Arbeidsgivers vurdering ble også meddelt NITO i brev av 02.11.2006.
2. Sammenslåing av to reduserte stillinger vil bety at antall ansatte i avdelingens bemanningsplan vil bli redusert med en person, noe som vil føre til økt vaktbelastning for hver enkelt ansatt.
3. Konsekvensen av å redusere antall ansatte med en person vil være at det blir flere vakante vakter. Vakanser må oftest dekkes av fast ansatte i deltidstillinger. Sykehuset har få opplærte bioingeniørvikarer med nødvendig kompetanse som kan ringes til ved behov. En bioingeniør trenger ca 10 ukers opplæring for å kunne gå selvstendig vakt ved den aktuelle avdelingen.
4. Erfaringsmessig er det til dels vanskelig å dekke vakante vakter, særlig natt og helg. Arbeidsstokken har høy gjennomsnittsalder og liten kapasitet eller ønske om å ta vakante vakter.
5. X avdeling har behov for ressurser i akutsituasjoner. Ressursbruken i slike situasjoner vil være av kortvarig karakter, men avhenger av fleksibilitet i arbeidsstokken. Bemanningsreduksjon med en person vil redusere fleksibiliteten, idet gjenværende bemanningsgruppe må dekke vakante vakter. Resultatet kan bli en langt mindre fleksibel bemanningsgruppe.
6. Avdelingen har som mål å belaste eksisterende bemanningsgruppe med minst mulig kvelds-, helge- og nattevakter.

Ovenstående hensyn i ulempevurderingen vurderes nøkternt av sykehuset som meget tungtveiende. Dersom fleksibiliteten ikke kan opprettholdes, vil konsekvensen være at sentrale funksjoner ved sykehuset kan bli mer sårbare.

Det kom inn 16 søknader til den ledige 50 prosent stillingen, hvorav flere fra fast ansatte ved den aktuelle avdelingen som ønsket utvidelse av sin stillingsbrøk. Dersom sykehuset ikke hadde vurdert det som en vesentlig ulempe å redusere antall ansatte ved avdelingen, ville sannsynligvis andre søkere med lengre ansiennitet blitt innstilt foran A.

Øvrige søkere til stillingen har godtatt at de hensyn som ledelsen la til grunn for sin løsning, var riktig og nødvendig for å sikre stabilitet i leveransen av *avdelingens* tjenester. Etter sykehusets oppfatning er ledelsens vurdering godt forankret i den argumentasjonen som fremgår av Ot prp nr 49 for 2004-2005.

NITO viser til at det ville blitt 10 prosent igjen av den ledige stillingen hvis A hadde fått utvidet sin stillingsandel fra 60 prosent til 100 prosent, og NITO foreslår at den ledige andelen på 10 prosent kunne fordeles til en av de tre andre vikarene i avdelingen. Sykehuset kan ikke slutte seg til dette forslaget, idet arbeidsmiljøloven § 14-3 fortrinnsvis skal ivareta fast ansatte i deltidstillinger som ønsker økt stillingsbrøk.

NITO hevder at det ikke foreligger avslag på fortrinnsretten, men skriftlig tilbakemelding av 06.09.2006 på As stillingssøknad må anses som avslag på søknaden og fortrinnsretten.

I sitt brev av 11.01.2007 legger Arbeidstilsynet til grunn at det i juni 2006 ble utlyst både en 50 prosent og en 100 prosent bioingeniørstilling ved X avdeling, noe som er korrekt. 50 prosent

stillingen ble håndtert som beskrevet ovenfor. 100 prosent stillingen ble tilbudt en fast ansatt bioingeniør ved avdelingen med lang ansiennitet.

Fire ukers fristen i forskrift om tvisteløsningsnemnd § 3 er overskredet. Avslag på As stillingssøknad ble således sendt 06.09.2006. Brev fra NITO av 04.09.2006 gjaldt krav om fast ansettelse i henhold til arbeidsmiljøloven § 14-9 nr 5.

NITOs krav vedrørende fortrinnsrett for A etter arbeidsmiljøloven § 14-3 kom først i brev av 13.10.2006, altså fem uker etter at avslaget var sendt til A.

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.

A søkte 100 prosent fast stilling som bioingeniør i brev av 09.07.2006. I brevet ble det ikke eksplisitt krevd fortrinnsrett etter arbeidsmiljøloven § 14-3, men det fremgikk at A ønsket full stilling. I brev av 06.09.2006 fra sykehuset ble A meddelt at en annen søker var tilsatt i stillingen.

Etter at A var meddelt at hun ikke fikk stillingen som bioingeniør, var det høsten 2006 en korrespondanse mellom A lokale tillitsvalgte og sykehuset. I denne forbindelse ble det i brev av 13.10.2006 fra den tillitsvalgte stilt spørsmål om årsaken til at A ikke ble tilbudt stillingen som bioingeniør i medhold av fortrinnsretten etter arbeidsmiljøloven § 14-3. I svarbrev av 02.11.2006 fra sykehuset ble det opplyst at sykehuset v/ avdelingssjefen hadde vurdert at utvidet stilling for A ville føre til vesentlig ulempe for virksomheten, og at dette således var årsaken.

Tvistesaken ble fremmet for tvisteløsningsnemnda i e-post av 30.11.2006 fra NITO på vegne av A.

Tvisteløsningsnemnda vil innledningsvis bemerke at det ikke kan være et vilkår for å hevde fortrinnsrett etter arbeidsmiljøloven § 14-3 at arbeidstaker eksplisitt har krevd fortrinnsrett. Ut fra de foreliggende opplysninger i saken legger nemnda i denne forbindelse til grunn at arbeidsgiver var klar over at A som deltidsansatt ønsket utvidet stilling, noe som blant annet klart fremgår av hennes søknad på stillingen som bioingeniør i brev av 09.07.2006. Fra arbeidsgivers side er det opplyst at det ble foretatt en grundig vurdering av eventuell fortrinnsrett for A i forkant av ansettelsen i stillingen. Det vises her til brev av 22.01.2007 (øverst på side 2, punkt 1) fra sykehuset til tvisteløsningsnemnda og brev av 02.11.2006 fra sykehuset til NITO lokalt.

Nemnda legger på denne bakgrunn til grunn at brevet av 06.09.2006, hvor A ble meddelt at hun ikke fikk stillingen som hun hadde søkt, må anses som avslag på krav i henhold til forskriften § 3 tredje ledd. Dette innebærer at fire ukers fristen i forskriften begynte å løpe fra dato for mottak av brevet. Mottaksdato antas å være 07.09.2006 eller 08.09.2006, samtidig som tvistesaken først ble fremmet for nemnda ved e-post av 30.11.06.

På denne bakgrunn er tvistesaken klart for sent fremmet og kan ikke realitetsbehandles.

Konklusjon

Saken avvises. Vedtaket er enstemmig.

Tvisteløsningsnemnda

Hanne Inger Bjurstrøm
leder

Oslo, 12.04.2007

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.