

VEDTAK I TVISTELØSNINGSNEMNDA

For behandling av sak nr 20/2007 i tvisteløsningsnemnda, ble det den 18. april 2007 avholdt møte i departementsbygningen (R5), Akersgata 59

Tvisteløsningsnemndas faste medlemmer

Seniorrådgiver Hanne Inger Bjurstrøm (leder), Elisabeth Lea Strøm (NHO), Haakon Skaug (LO)

Særskilt oppnevnte medlemmer

Tore Dahlstrøm (Norsk Sykepleierforbund)
Karin Ask Henriksen (NAVO)

Saken gjelder

Tvist om fortrinnsrett for deltidsansatt etter arbeidsmiljøloven § 14-3

Arbeidstaker

A

Arbeidsgiver

B

Det ble truffet slikt

vedtak:

Sakens bakgrunn

A er ansatt som sykepleier i 50 prosent stilling ved B i X, med arbeidssted ved kirurgisk poliklinikk. I slutten av september 2006 ble det utlyst en 50 prosent sykepleierstilling ved kirurgisk poliklinikk, der A arbeider. A søkte på den ledige stillingen og krevde utvidet stilling til 100 prosent i medhold av arbeidsmiljøloven § 14-3. I brev datert 4. desember 2006 fra B ble A meddelt at stillingen var besatt med annen intern søker. Den andre interne søkeren var fra før ansatt i 100 prosent stilling.

Arbeidstakers anførsler

A tilbakeviser arbeidsgivers anførsel om at hun mangler de nødvendige kvalifikasjoner for stillingen. Hun stiller spørsmålsteget ved om arbeidsgiver har foretatt en tilstrekkelig grundig vurdering av hennes faglige og praktiske erfaring i forbindelse med tilsettingsprosessen.

Arbeidsgivers anførsler

Arbeidsgiver anfører i brev av 26. januar 2007 at A ikke kan gjøre fortrinnsretten gjeldende da hun ikke er kvalifisert for stillingen.

I brev av 16. februar 2007 viser arbeidsgiver til at stillingen ble besatt av en annen intern søker. Det anføres derfor at det ikke er foretatt ny ansettelse i virksomheten, og at arbeidsmiljølovens § 14-3 følgelig ikke kommer til anvendelse.

Tvisteløsningsnemndas merknader

Tvist mellom arbeidsgiver og arbeidstaker om fortrinnsrett for deltidsansatte kan bringes inn for tvisteløsningsnemnda, jf. arbeidsmiljøloven § 17-2 første ledd. Fristen for å bringe saken inn for tvisteløsningsnemnda er fire uker etter at arbeidsgiver avslo krav fra arbeidstaker, jf. forskrift om tvisteløsningsnemnd etter arbeidsmiljøloven § 3, tredje ledd. Arbeidsgivers avslag på søknaden ble gitt i brev datert 4. desember 2006. A brakte tvisten inn for nemnda i brev datert 2. januar 2007. Saken anses som rettidig innbrakt.

Etter arbeidsmiljølovens § 14-3 første ledd har deltidsansatte fortrinnsrett til utvidet stilling fremfor at arbeidsgiver foretar ny ansettelse i virksomheten. Fortrinnsretten er betinget av at arbeidstaker er kvalifisert for stillingen og at utøvelsen av fortrinnsretten ikke vil innebære vesentlig ulempe for virksomheten, jf. 14-3 andre ledd.

Til kvalifikasjonsspørsmålet vil nemnda bemerke at ut fra de saksbehandlingsregler som gjelder for nemnda, hvor nemnda som hovedregel baserer sine avgjørelser på skriftlige saksfremstillinger, vil nemnda i den enkelte konkrete sak kunne få vanskeligheter med å belyse tilfredsstillende alle de sider av saksforholdet som er av betydning for kvalifikasjonsproblemstillingen. På bakgrunn av saksforholdet i denne aktuelle saken finner imidlertid ikke nemnda at dette fremstår som særlig problematisk.

Arbeidsgiver anfører at reglene om fortrinnsrett ikke kommer til anvendelse da A ikke er kvalifisert for stillingen. Det vises til at det i annonseteksten etterspørres søkere med bred erfaring innen kirurgi og at personlig egnethet vil bli vektlagt. Deretter gis en sammenlikning mellom den som ble ansatt i stillingen og As kvalifikasjoner. Ut over dette gir arbeidsgiver ikke nærmere redegjørelse for As manglende kvalifikasjoner.

Nemnda vil bemerke at det i vurderingen av om A har de nødvendige kvalifikasjoner til stillingen, og således om hun er fortrinnsberettiget, ikke er relevant å se hen til om andre søkere er bedre kvalifisert. Det avgjørende er om søkerens kvalifikasjoner isolert sett tilfredsstillende de krav som knytter seg til stillingen. Dette beror på en konkret vurdering hvor arbeidstakers faglige og personlige forutsetninger, vurdert opp mot blant annet utlysningsteksten for stillingen, vil være relevant. Det må stilles krav til arbeidsgivers begrunnelse og dokumentasjon når den legger til grunn at fortrinnsretten ikke utløses som følge av manglende kvalifikasjoner hos søkeren. Nemnda finner ikke at B i tilstrekkelig grad har dokumentert at A ikke er kvalifisert for stillingen slik den er beskrevet i utlysningsteksten.

Arbeidsgiver viser videre til at arbeidsmiljølovens § 14-3 bare kommer til anvendelse hvor det skjer ny ansettelse i virksomheten. Det anføres at sykepleieren som ble tilsatt i stillingen var ansatt ved B fra før.

Nemndas flertall, Hanne Inger Bjurstrøm, Haakon Skaug og Tore Dahlstrøm, er ikke av den oppfatning at bestemmelsen bare gjelder i de tilfeller hvor det er aktuelt for arbeidsgiver å ansette en ekstern søker.

Den forståelsen mindretallet legger til grunn vil innebære en vesentlig innskrenkning i bestemmelsens anvendelsesområde, som etter flertallets syn verken er kommet til uttrykk i lovens ordlyd, eller i forarbeidene til denne. De hensyn som mindretallet peker på i forhold til arbeidsgivers situasjon, er etter flertallets syn ment å skulle bli ivaretatt gjennom det vilkår loven oppstiller om at den fortrinnsberettigede må være kvalifisert for stillingen, jf. blant annet utlysningen av denne, og at fortrinnsretten ikke må innebære en ”vesentlig ulempe” for virksomheten. I den aktuelle saken dreier det seg for øvrig om en nyopprettet stilling, som har vært utlyst internt.

Nemndas flertall legger etter dette til grunn at A utløste fortrinnsretten etter arbeidsmiljølovens § 14-3 da hun søkte den aktuelle stillingen.

Mindretallet; Karin Ask Henriksen og Elisabeth Lea Strøm har kommet til at A ikke har fortrinnsrett til stillingen som ” Sykepleier kirurgisk klinikk, kirurgisk poliklinikk.”

Mindretallet er av den oppfatning at bestemmelsen i arbeidsmiljølovens § 14-3 om fortrinnsrett for deltidsansatte ikke kommer til anvendelse i et tilfelle som det foreliggende. Sykehuset har ikke foretatt noen reell ny tilsetting, men har valgt å gi den ledige stillingen til en annen intern søker. Selv om det dreier seg om en nyopprettet stilling, som har vært lyst ut internt, er realiteten at det bare har skjedd en endring på arbeidsplassen, og hvor en annen medarbeider har blitt forflyttet og fått andre arbeidsoppgaver. Interne opprykk eller forflytninger faller utenfor. Slik mindretallet ser det utløses ikke fortrinnsretten da sykehuset ikke kan sies å ha *foretatt en ny ansettelse i virksomheten*.

Etter mindretallets oppfatning er det uten betydning at stillingen lyses ut, og at arbeidsgiver foretar en vurdering av de innkomne søknadene, så lenge det kun er snakk om å vurdere interne søkere for den ledige stillingen. I arbeidsmiljølovens § 14-1 fremgår det at arbeidsgiver skal informere arbeidstakerne om ledige stillinger i virksomheten. Dette gjøres normalt ved at stillingene lyses ut internt, hvilket også ble gjort i dette tilfelle. Bestemmelsen gjelder i forhold til alle arbeidstakere og ikke bare i forhold til deltidsansatte. Formålet med bestemmelsen er at alle ansatte skal ha muligheter for å søke på de ledige stillingene. En konsekvens av å gi de deltidsansatte fortrinnsrett på bekostning av bedre kvalifiserte fulltidsansatte vil kunne medføre at arbeidsgiverne unnlater å foreta en seriøs ansettelsesprosess, og i stedet går direkte til de man ønsker. En slik praksis vil neppe være til fordel for de deltidsansatte.

Stillingen som sykepleier på kirurgisk poliklinikk er slik mindretallet ser det en meget attraktiv stilling både hva arbeidsoppgaver og arbeidstid angår. Dette vises blant annet ved at det var hele syv interne søkere til den aktuelle stillingen. Vedkommende som ble ansatt i den aktuelle stillingen har jobbet som sykepleier hos arbeidsgiver siden 1996 både ved sengepost og ved poliklinikk. Hun har videreutdanning i stomisykepleie og har siden 2002 vært fagutviklingssykepleier med hovedansvar for stomiomsorg. Det kan slik mindretallet ser det ikke være tvilsomt at hun er bedre kvalifisert enn A.

Etter mindretallets oppfatning har det neppe vært lovens intensjon at interne søkere som arbeider full tid skal kunne ”forbigås” av deltidsansatte med mindre kvalifikasjoner og eller kortere ansiennitet til de mer attraktive stillingene på arbeidsplassen. Likeledes har det formodningen mot seg at lovgiver har ment at en virksomhet ikke skal ha anledning til å velge den blant sine ansatte som er best kvalifisert til ledige stillinger bare fordi de har en deltidsansatt som også ønsker seg denne stillingen.

I offentlig sektor er det et vel anvendt prinsipp, ofte også nedfelt i tariffavtalen at den best kvalifiserte søkeren skal tilbys stillingen. Hvis det hadde vært meningen å sette dette prinsippet, eller disse bestemmelsene tilside, måtte dette etter mindretallets oppfatning fremgå av loven, eller i det minste ha kommet klart til uttrykk i forarbeidene. Å frata arbeidsgiver muligheten til å fordele virksomhetens arbeidsoppgaver til den av sine medarbeidere som de finner best skikket, vil dessuten innebære et så vidt stort inngrep i arbeidsgivers styringsrett at det må kreves klare holdepunkter i loven for dette.

Sverige og Finland har i likhet med Norge bestemmelser om fortrinnsrett for deltidsansatte. Praksis i begge disse land er at fortrinnsretten bare kan påberopes i forhold til ekstern rekruttering, dvs. i forhold til eksterne søkere. For så vidt gjelder rettstilstanden i Sverige vises til ” Regjeringens proposition 1996797: 16, side 45 hvor det tales om å gi ”företräde för deltidsanställda i stället för att nyanställa”. I lovkommentaren til anställningsskyddslagen av Lars Lunning og Gudmind Tojjer, niende opplag side 644 heter det.; ”*rätten för den deltidsanställda inträder först när ett nyanställningstillfälle inställer sig. Vidare sies det följande ”det är altså inte något som kan påkallas så snart det sker förändringar på arbetsplatsen som får till följd att andre förflyttas eller får ändrade arbetsuppgifter”.*

I lovforarbeidene til arbeidsmiljølovens § 14-3, Arbeidslivslovutvalgets innstilling, NOU 2004: 5 side 340 flg., Deltidsutvalgets innstilling, NOU 2004:29 side 84 flg. og Ot.prp. nr.49 (2004-2005) side 224 flg. vises det til rettstilstanden i Sverige og Finland. Slik mindretallet ser det er det ikke noe i forarbeidene som tilsier at man i Norge har ønsket en annen rettstilstand på dette område enn hva som er tilfelle i disse landene. På områder hvor man har ønsket en annen løsning er dette kommentert uttrykkelig, jfr. her blant annet bestemmelsene om prioritet mellom fortrinnsberettigete.

Konsekvensene av at en deltidsansatt med mindre kvalifikasjoner og kortere ansiennitet skal ha fortrinnsrett til de mest attraktive stillingene på bekostning av fulltidsansatte, vil kunne føre til at mange vil foretrekke å jobbe deltid i påvente av en mer attraktive stilling. Konsekvensen av dette vil kunne bli at en må fylle opp reststillingene med ytterligere deltid, ofte i små stillingsprosenter.

I denne konkrete saken vil det antagelig som følge av at en annen intern søker fikk den ledige jobben oppstå ledighet et annet sted i virksomheten. Hvis vilkårene for øvrig er til stede vil A kunne gjøre gjeldende fortrinnsrett her. At hun ikke ønsker å jobbe her, pga omstendigheter som mindretallet har stor forståelse for, medfører imidlertid ikke at hun av den grunn har fortrinnsrett til den nye stillingen på kirurgisk poliklinikk.

Ved intern ansettelse i nyopprettete stillinger vil det normalt oppstå ledighet et annet sted i virksomheten som den eller de deltidsansatte kan påberope seg fortrinnsrett til. Hensynet til de ufrivillige deltidsansatte, og deres mulighet til å få økt sin stillingsandel vil derfor normalt være ivaretatt ved at de, forutsatt at de tilfredsstiller kvalifikasjonskravene vil ha fortrinnsrett til de stillinger som blir ledige ved interne opprykk eller forflytninger.

Konklusjon

Klagen tas til følge.

Tvisteløsningsnemnda

Hanne Inger Bjurstrøm
leder

Oslo, 29. juni 2007

Til orientering:

Twist 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