

VEDTAK I TVISTELØSNINGSNEMNDA

For behandling av sak nr 45/07 i tvisteløsningsnemnda, ble det fredag 19.10.2007 avholdt møte hos Arbeidstilsynet Lillestrøm, Torvet 5.

Ved behandlingen av saken var tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Henning Harborg (leder, varamedlem for Hanne Bjurstrøm), Elisabeth Lea Strøm (NHO) og Haakon Skaug (LO)

Særskilt oppnevnte medlemmer

Mette Persson, HSH
Nils Karlsholm, FO

Saken gjelder

Tvist om fortrinnsrett for deltidsansatte etter arbeidsmiljøloven § 14-3

Arbeidstaker

A, representert ved Fellesorganisasjonen

Arbeidsgiver

B

Det ble truffet slikt

vedtak:

Saksforhold

A har fra 26.02.2007 vært ansatt som miljøterapeut i 17,6 prosent stilling ved B. Hennes arbeidssted på sykehuset er ved Barne- og ungdomspsykiatriskavdelingen, hvor hun per i dag har fast deltidsstilling som helgevakt ved kortidsavdelingen(X). I tillegg arbeider hun som miljøterapeutvikar ved to voksenpsykiatriske avdelinger på sykehuset.

I slutten av april 2007 ble det foretatt intern utlysning av vikariat som miljøterapeut i 100 prosent stilling ved B, med arbeidssted ved X og med varighet frem til medio oktober 2008.

A søkte den utlyste stillingen i brev datert 02.05.2007. Hun ble innstilt som nr 2 og fikk således ikke stillingen.

I møte i juni 2007 mellom sykehusledelsen, Norsk Sykepleierforbund og Fellesorganisasjonen ble det fra fagforeningenes side hevdet at A hadde fortrinnsrett til den utlyste stillingen i medhold av arbeidsmiljøloven § 14-3. Arbeidsgiver var ikke enig i dette, fordi A ble vurdert som ukvalifisert til stillingen. Arbeidsgiver begrunnet sitt standpunkt med at A ikke hadde tilstrekkelig erfaring fra psykisk helsevern for barn og ungdom, og at hun heller ikke hadde tilstrekkelig erfaring fra selvstendig arbeid i full stilling som miljøterapeut.

Tilbud om stillingen som miljøterapeut ble etter dette gitt til søkeren som var innstilt som nr 1. Tilbudet ble gitt i midten av juni 2007. nr 1 aksepterte tilbudet og tiltrådte stillingen i begynnelsen av september 2007. Før tiltredelsen var hun fast ansatt ved sykehusets Akuttpost for ungdom, hvor hun arbeidet i over 7 år.

A er uenig i arbeidsgivers vurdering av hennes kvalifikasjoner for den aktuelle stillingen. A mener således at hun er kvalifisert for stillingen og at hun som deltidsansatt har fortrinnsrett i medhold av arbeidsmiljøloven § 14-3. På denne bakgrunn har Fellesorganisasjonen fremlagt tvisten for tvisteløsningsnemnda til avgjørelse på vegne av A.

Overfor nemnda har begge parter fått anledning til å komme med utfyllende merknader i saken. Det vises i denne forbindelse til brev av 23.08.2007 fra B og e-post 03.10.2007 fra Fellesorganisasjonen.

Arbeidstakers anførsler

På vegne av A anfører Fellesorganisasjonen i det vesentligste:

A har vært ansatt som miljøterapeut i 17,6 prosent stilling ved x fra 26.02.07, og på denne bakgrunn må hun anses som kvalifisert for den utlyste stillingen. Som kvalifisert deltidsansatt har hun fortrinnsrett til stillingen etter arbeidsmiljøloven § 14-3.

For det tilfellet at søkeren som ble innstilt som nr 1 ikke tar imot tilbud om stillingen, har arbeidsgiver ved å innstille A som nr 2 indirekte bekreftet at hun er kvalifisert for stillingen. Arbeidsgiver har samtidig bekreftet at A har fortrinnsrett etter arbeidsmiljøloven.

Dersom arbeidsgiver reelt sett mener at A ikke er kvalifisert for stillingen, skulle hun heller ikke vært innstilt.

Arbeidsgiver argumenterer med at A kun er ansatt i 17,6 prosent stilling, at hun har vært ansatt fra 26.02.2007 og at hun kun hadde hatt fem helgevakter før møtet med fagforeningene i juni 2007. Det må imidlertid også tas med i vurderingen at A har vært med på fagopplæringen som har pågått fra 26.06.2007 og frem til de første pasientene kom til X. Dette har gitt henne en unik kompetanse med hensyn til hvordan avdelingen ønsker å jobbe faglig. En nyansatt som begynner etter sommerferien vil ikke inneha denne kompetansen, og vedkommende vil måtte bruke tid og ressurser på å tilegne seg slik kompetanse.

Fellesorganisasjonen fastholder at A er kvalifisert for stillingen i henhold til arbeidsmiljøloven § 14-3 og at hun har fortrinnsrett til stillingen etter denne bestemmelsen, selv om det er ubestridt at nr 1 er langt bedre kvalifisert.

Arbeidsgivers anførsler

B anfører i det vesentligste:

A hadde kun hatt fem helgevakter ved X før møtet med fagforeningene i juni 2007. Videre hadde ikke A avsluttet sin videreutdanning i psykisk helsearbeid da hun søkte vikariatet.

Ifølge As referanser har hun ikke gått ansvarsvakter eller innehatt stilling som miljøterapeut tilknyttet teamarbeid, fordi hun kun har vært ansatt som ekstravakt og gått i kortere vikariater ved ulike voksenpsykiatriske avdelinger.

På denne bakgrunn må det kunne hevdes at A ikke har erfaring fra psykisk helsevern for barn og ungdom.

Videre er det av vesentlig betydning at de ansatte ved X er i stand til å jobbe i team med selvstendige arbeidsoppgaver for å etablere et godt behandlingstilbud. Alle ansatte i 100 prosent-stillinger har selvstendige arbeidsoppgaver knyttet til det miljøterapeutiske tilbudet. Ansatte i deltidstillinger, som f.eks. A, har ikke de samme arbeidsoppgaver og ansvarsområder som de som går i full stilling.

X er en ny avdeling som er under oppbygging, og den første ungdommen ble tatt imot i slutten av april 2007. I de første årene er det spesielt viktig at hver enkelt miljøterapeut kan jobbe på en hensiktsmessig måte.

Selvstendighet i arbeidet blant de ansatte ved X er også avgjørende for å kunne få på plass et tilbud til barn og ungdom så snart som mulig, noe som er et prioritert område fra sykehuseiers side.

Som nevnt har ikke A erfaring med barne- og ungdomsarbeid. Hun har behov for mer veiledning og opplæring før hun kan arbeide selvstendig og oppfylle de kvalifikasjonskrav som stilles til miljøterapeut i 100 prosent stilling ved X, jf ovenstående.

Videre bemerkes at innehaveren av det aktuelle vikariatet har høy kompetanse innenfor miljøterapeutiske prosesser og at det ligger et stort ansvar til stillingen. Det tar lang tid å opparbeide seg slik kompetanse og erfaring, og det var naturlig å vektlegge erfaring spesielt i og med at det dreier seg om et vikariat. Ellers kunne man risikere at hele vikariatperioden gikk med til opplæring.

Det var kun en av totalt 22 søkere (nr 1) som oppfylte kravet om erfaring fra arbeid med psykisk helsevern for barn og ungdom, og arbeidsgiver vurderte det som lite sannsynlig at flere kvalifisert søkere ville melde seg ved en ny stillingsutlysning. Arbeidsgiver valgte derfor å innstille A, i og med at hun allerede var ansatt ved X og fordi hun var det beste alternativet dersom nr 1 ikke ønsket stillingen.

I ettertid ser arbeidsgiver at A likevel ikke burde vært innstilt til stillingen, fordi det kunne oppfattes slik at hun var ansett som kvalifisert. A oppfylte imidlertid ikke de krav som var satt til stillingen, og hun var dermed ikke kvalifisert for denne. Av samme grunn hadde hun heller ikke fortrinnsrett til stillingen.

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.

Arbeidsgiver avga endelig innstilling i ansettelsessaken ved e-post 08.06.2007, og søkeren som ble innstilt som nr 1 fikk 12.06.2007 tilbud om stillingen. Arbeidsgivers innstilling og etterfølgende stillingstilbud til nr 1 innebærer i realiteten at A fikk avslag på sin

stillingssøknad/krav om fortrinnsrett. Tvisten ble brakt inn for tvisteløsningsnemnda ved brev av 03.07.2007, og ble derved rettidig fremmet for nemnda.

Arbeidsmiljøloven § 14-3 første ledd fastsetter at deltidsansatte har fortrinnsrett til utvidet stilling fremfor at arbeidsgiver foretar ny ansettelse i virksomheten. 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.

Nemndas mindretall, medlemmene Strøm og Persson, 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 tilsetning, men har valgt å gi den ledige stillingen til en annen intern søker. Realiteten er at det bare har skjedd en omdisponering blant de ansatte i virksomheten, 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., jfr. ordlyden i arbeidsmiljøloven § 14-3 (1). Etter mindretallets oppfatning kan det ikke legges vekt på at arbeidsgiver i denne konkrete saken ikke spesifikt har anført at fortrinnsretten ikke kommer til anvendelse i et tilfelle hvor en annen fast ansatt har fått den aktuelle stillingen. Tvisteløsningsnemnda må etter mindretallets oppfatning på selvstendig grunnlag ta stilling til om lovens vilkår for å kunne påberope seg fortrinnsrett er oppfylt.

Etter mindretallets oppfatning er det uten betydning at stillingen lyses ut, og at arbeidsgiver foretar en vurdering av de innkomne søknadene, så lenge den som ansettes i stillingen allerede er ansatt i samme virksomhet. I arbeidsmiljøloven § 14-1 fremgår det at arbeidsgiver skal informere arbeidstakerne om ledige stillinger i virksomheten. Dette gjøres normalt ved at stillingen først lyses ut intern, før den så lyses ut eksternt. I større virksomheter hvor arbeidsgiver ikke har oversikt over alle de ansattes ønsker, og hvor det samtidig er behov for å få besatt stillingen raskt, er det vanlig at stillingen samtidig lyses ut eksternt.

Arbeidsmiljølovens § 14-1 gjelder i forhold til alle arbeidstakere, og ikke bare i forhold til deltidsansatte. Formålet med bestemmelsen er at alle ansatte skal få mulighet til å søke på de ledige stillingene. Å legge avgjørende vekt på hvorvidt arbeidsgiver har startet en vanlig ansettelsesprosess eller ikke, når en skal ta stilling til om noen har fortrinnsrett eller ikke, vil kunne få som konsekvens at virksomhetene unnlater å foreta en seriøs ansettelsesprosess, og i stedet går direkte til dem man ønsker. En slik praksis vil neppe være til fordel verken for de deltidsansatte eller øvrige ansatte.

Etter mindretallets oppfatning har det ikke 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, når de samtidig 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 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 innebære et så stort inngrep i arbeidsgivers styringsrett at det etter mindretallets oppfatning 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 proposisjon 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 Toijer, niende opplag side 644 heter det.; ”*rätten för den deltidsanställda inträder först när ett nyanställningstillfälle inställer sig. Videre 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, har dette imidlertid kommet klart til uttrykk i lovteksten eller i forarbeidene, jfr. blant annet bestemmelsene om prioritet mellom fortrinnsberettigete, arbeidsmiljølovens § 14-3 (3).

Konsekvensene av at en deltidsansatt med mindre kvalifikasjoner, og eller kortere ansiennitet skal ha fortrinnsrett til de mer attraktive stillingene i virksomhetene på bekostning av fulltidsansatte, vil etter mindretallets syn ha flere uheldige konsekvenser. Lojale medarbeidere som kanskje over tid har jobbet full tid, og som gjennom dette har opparbeidet seg høy kompetanse vil oppleve at de blir forbigått, og vil derfor oftere se seg om etter nytt arbeid. Motivasjonen for å ta etter- og videreutdanning vil avta, særlig i virksomheter med flere deltidsansatte, da slik kompetansen tillegges liten eller ingen vekt når det gjelder mulighetene for å få andre stillinger i virksomheten. Noen ansatte vil antagelig også foretrekke å jobbe deltid i påvente av en mer attraktiv stilling. Konsekvensen av dette vil kunne bli at en må fylle opp reststillingene med ytterligere deltid, ofte i små stillingsprosenter.

Ved intern tilsetting i ledige stillinger/ vikariater 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. Dette tilsier at formålet bak bestemmelsene om fortrinnsrett for deltidsansatte ofte vil bli ivaretatt, til tross for at arbeidsgiver velger en fast ansatt fulltidsarbeider til den ”første” ledige stillingen.

Stillingen som miljøterapeut/sykepleier ved X er slik mindretallet ser det en attraktiv stilling. Dette vises blant annet ved at det var hele 22 søkere til denne. Vedkommende som ble ansatt i den aktuelle stillingen har jobbet ved sykehuset i over 7 år, har lang erfaring som miljøterapeut i institusjon, har videreutdanning i psykisk helsevern, og anses som faglig dyktig. Det kan slik mindretallet ser det ikke være tvilsomt at hun er bedre kvalifisert enn A.

Siden mindretallet er av den oppfatning at vilkårene for å kunne påberope seg fortrinnsrett etter aml. § 14-3 (1) ikke er tilstedet, har det ikke vært nødvendig å gå inn på arbeidsgivers anførsel om at A ikke er kvalifisert for stillingen, jfr. arbeidsmiljøloven § 14-3 (2).

Nemndas flertall, medlemmene Harborg, Skaug og Karlsholm, er av den oppfatning at det dreier seg om en ny ansettelse i lovens forstand. Det vises til at stillingen ble utlyst, at 22 søknader ble mottatt og at det etter alt å dømme ble gjennomført en regulær ansettelsesprosess. Flertallet viser videre til at arbeidsgiver ikke har anført at dette vilkåret for fortrinnsrett ikke er oppfylt

Slik flertallet forstår loven kan fortrinnsrett gjøres gjeldende av en kvalifisert søker – uavhengig av om andre søkere er bedre kvalifisert. Hele poenget med fortrinnsretten må nettopp være å sikre at kvalifiserte deltidsansatte går foran andre søkere når utvidete stillinger blir ledige. Dersom en deltidsansatt er å anse som kvalifisert i lovens forstand, kan derfor ikke ansettelse av andre skje med den begrunnelse at andre søkere er mer kvalifisert. Det må ligge i dette at arbeidsgiver heller ikke kan påberope seg som en vesentlig ulempe at man derved går glipp av mer kvalifiserte søkere. Det ville være å gjøre fortrinnsretten nærmest illusorisk.

Slik saken er opplyst, forstår nemndas flertall det slik at arbeidsgiver ved å innstille A som nr. 2 vurderte henne som kvalifisert til stillingen. Det ligger i innstillingen at stillingen ville blitt tilbudt A dersom nr. 1 hadde takket nei, og det er vanskelig å se dette annerledes enn at arbeidsgiver derved aksepterte at A var kvalifisert i lovens forstand. Det kan etter nemndas flertall ikke legges særlig vekt på at arbeidsgiver senere – formodentlig etter å ha sett at vurderingen av A som kvalifisert ville utløse fortrinnsrett – har revurdert sin oppfatning av om hun har de nødvendige kvalifikasjoner til å inneha stillingen. Flertallet noterer for øvrig at det vesentligste av arbeidsgivers argumentasjon i realiteten går ut på at den konkurrerende søkeren var bedre kvalifisert. Det er, som tidligere sagt, etter flertallets oppfatning uten betydning dersom en eksisterende deltidsansatt er å anse som kvalifisert.

Nemndas flertall kan ikke se at arbeidsgiver har påberopt seg noen annen ulempe enn at man går glipp av en bedre kvalifisert søker og finner etter dette at A hadde fortrinnsrett til utvidet stilling etter arbeidsmiljøloven § 14-3.

Konklusjon

Arbeidstaker gis medhold i sitt krav om fortrinnsrett etter arbeidsmiljøloven § 14-3.

Tvisteløsningsnemnda

Henning Harborg
leder

Lillestrøm, 14.03.08.

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.