

VEDTAK NR 20/08 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Twisteløsningsnemnda avholdt møte tirsdag 08.04.08 i Arbeidstilsynets lokaler i Lillestrøm.

Ved behandlingen av saken var tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Henning Harborg, leder (vara for Hanne Inger Bjurstrøm)
Tor Brustad, NHO (vara for Elisabeth Lea Strøm)
Haakon Skaug, LO (vara for Karl Inge Rotmo)

Særskilt oppnevnte medlemmer

Børge Benum, KS
Tore Dahlstrøm, NSF

Saken gjelder

Twist om fortrinnsrett for deltidsansatte etter arbeidsmiljøloven § 14-3

Arbeidstaker

A

Arbeidsgiver

B

Det ble truffet slikt

vedtak:

Saksforhold

A har vært tilsatt som sykepleier i B siden 1985. Hun er ansatt ved X boenheter, som består av to avdelinger. X bofellesskap har for tiden 15 ansatte hvorav 3 sykepleiere (en 100-prosentstilling og to 75-prosentstillinger).

A søkte 28.10.07 om å få utvidet sin stilling fra 75 til 100 prosent. Enhetsleder fikk etter drøfting med ansattes organisasjoner aksept for å omgjøre en halv hjelpepleierstilling til sykepleierstilling for å gi brukerne ved enheten et bedre faglig institusjonstilbud. Videre var det et ønske om å redusere vaktbelastningen i form av behovet for bakvakter og helgevakter, og dermed utarbeide en turnusplan med mindre andel ugunstig arbeidstid. Stillingen ble lyst ut i Y Tidende den 10.11.07.

Den 12.11.07 fikk A avslag på sin søknad om utvidet stilling til 100 prosent. Avslaget begrunnes med at det ikke er andre sykepleiere i avdelingen som ønsker å utvide sine stillinger med de gjenværende 25 prosent. Det ville dermed vært i strid med kommunens arbeid med å få ned antall småstillinger å lyse ut den gjenværende 25-prosentstillingen.

Sykepleierforbundet anmodet ved brev av 23.11.07 om at kommunen revurderte avslaget, men avslaget ble opprettholdt 28.11.07. Avslaget begrunnes der videre med at utvidelse ville vært i strid med vedtatt likestillingsplan i B, fordi det etter denne tilsiktes å gjennomføre fast tilsetning i vakante stillinger, og at stillingene ikke skal være lavere enn 40 prosent.

A har sagt seg villig til å øke sin helgefrequens slik at stillingen skal kunne deles.

Saken ble brakt inn for tvisteløsningsnemnda ved brev fra Norsk sykepleierforbund (NSF) av 07.12.07. Overfor nemnda har begge parter fått anledning til å komme med utfyllende merknader i saken. Det vises i denne forbindelse til brev av 10.01.08 og e-poster av 12.03.08 og 27.03.08 fra B, samt brev av 29.02.08 fra NSF.

Arbeidstakers anførsler

NSF fastholder at A har fortrinnsrett til 100-prosentstilling, og anfører i det vesentligste:

A har vært tilsatt som sykepleier i B siden 1985, og saken har stor betydning for hennes mulighet for videre opptjening av pensjonspoeng. Det anses også som et paradoks i et likestillingsperspektiv at det gis avslag på søknad om utvidet stilling til 100 prosent med begrunnelse i likestillingsplanen i B, mens det i stedet lyses ut en 50-prosentstilling, som også er en deltidsstilling.

A har også tidligere søkt om utvidet stilling til 100 prosent. Dette var i 2005 da det var en ledig stilling ved avdelingen. Den gangen ble det gitt avslag på bakgrunn av at en overtallig arbeidstaker ble omplassert dit. Det var ikke gjort kjent at A hadde søkt om utvidet stilling. I svaret på hennes klage av 11.03.05 står at hun vil ha rett til utvidelse av stilling ved fremtidig ledighet i sykepleierstilling ved hennes enhet dersom det er forenlig med driften av enheten.

Ved avdelingen er det nå to 75-prosentstillinger i tillegg til daglig leder som har 100-prosentstilling fordelt på 60 prosent sykepleie og 40 prosent administrasjon. A mener det er stort behov for en sykepleierstilling på 100 prosent, og at det i høyeste grad er forenlig med driften av enheten.

A har sagt seg villig til å ta en ekstra helgevakt dersom det er dette som skal til for å få økt sin stilling til 100 prosent.

I brev fra kommunen til sekretariatet for tvisteløsningsnemnda angir kommunen nedleggelse av Z, med 16 overtallige sykepleiere, som argument mot å imøtekomme A søknad om utvidelse av stilling. Den aktuelle stillingen i dette tilfellet er på totalt 50 prosent mens Z ikke hadde noen stillinger på under 75 prosent. Av de sykepleierne som var tilsatt der, har noen fått tilbud om vikariat i påvente av ledighet i faste stillinger på 75-100 prosent. Eventuelle ytterligere kutt i sektoren er vedtatt, men ikke hvilke konkrete tiltak som skal settes i verk. Det vil ikke være klart før i juni om dette eventuelt vil innebære flere overtallige sykepleiere som eventuelt skal overføres til andre stillinger. NSF finner det merkelig at arbeidsgiver vurderer at den aktuelle stillingen skal stå vakant så lenge.

Avslutningsvis bemerkes det av arbeidsgiver at A ble tilbudt en 100-prosentstilling ved 12-enheten i 2005. Denne enheten er en helt annen type avdeling enn den skjermede avdelingen hun arbeider i. Det er en type samlokaliserte boliger med omsorg/hjemmetjeneste for 11 yngre, sterkt funksjonshemmede med felles styrket bemanning.

Arbeidsgivers anførsler

B fastholder avslaget på A søknad om fortrinnsrett og anfører i det vesentligste:

Kommunen mener at fortrinnsretten for A må vike for fortrinnsretten for tidligere ansatte etter arbeidsmiljøloven § 14-2, jfr. arbeidsmiljøloven § 14-3 tredje ledd, etter at kommunestyret den 20.12.07 fattet vedtak om nedleggelse av Z fra 01.03.08. I denne prosessen vil kommunen ha et arbeidsgiveransvar for blant andre 16 sykepleiere som berøres.

Videre gjøres det gjeldende at fortrinnsrett for A vil innebære en vesentlig ulempe for virksomheten. Det vises her til at A kun kan akseptere 25 prosent av den ledige stillingen, og at den resterende stillingsbrøken på 25 prosent vil bli svært vanskelig å rekruttere sykepleiere til, blant annet fordi den rent turnusteknisk vanskelig lar seg kombinere med andre stillinger. Det følger av forarbeidene at arbeidstaker som hovedregel ikke kan gjøre fortrinnsrett gjeldende kun ut i fra egne preferanser, men at vedkommende som hovedregel må ta hele den utlyste stillingen. Det er ingen andre ansatte ved avdelingen som er aktuelt for den resterende stillingsbrøken.

Ved å gi A fortrinnsrett vil man heller ikke oppnå formålet med stillingen, nemlig å minske belastningen i form av ugunstig arbeidstid på avdelingen.

Det nevnes avslutningsvis at kommunen muntlig tilbød A 100-prosentstilling ved 12-enheten i etterkant av prosessen i 2005, men at A ikke aksepterte tilbudet siden det var på en annen avdeling.

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. Søknaden om fortrinnsrett for A ble avslått av B i brev av 12.11.07. NSF brakte på vegne av A tvisten inn for tvisteløsningsnemnda i brev av 07.12.07. 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. 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 er omtvistet at A er kvalifisert for den aktuelle stillingen.

Nemndas flertall, medlemmene Harborg, Brustad og Benum presiserer innledningsvis at det ennå ikke er ansatt noen i den aktuelle stillingen, og arbeidsgiver har heller ikke pekt ut en bestemt person som skal få stillingen med mindre A fortrinnsrett er til hinder for det. Dette har betydning for hva nemnda kan prøve i denne saken. Etter loven har deltidsansatte fortrinnsrett fremfor nye ansettelser utenfra og ansettelser av interne heltidsansatte. Der flere deltidsansatte gjør fortrinnsrett gjeldende, gir ikke loven svar på hvem av dem som skal ha fortrinnsrett. I slike tilfeller har derfor ikke nemnda gått inn i spørsmålet om hvem som skal få gjøre fortrinnsretten gjeldende, jf. f.eks. vedtak nr 07/06 og 01/07. Loven gir videre ikke fortrinnsrett fremfor ansatte hos samme arbeidsgiver som er sagt opp og som krever fortrinnsrett etter § 14-2. Av de grunnene kan ikke nemnda ta endelig stilling til om A har et krav på utvidelse av sin stilling, dvs. om hun kan gjøre krav på halvparten av den ledige

stillingen, når det ikke er avklart hvem som skal ansettes i stillingen. Nemndas prøving må derfor være begrenset til å vurdere om hun har fortrinnsrett etter loven § 14-2, derunder om tildeling av halvparten av den ledige stillingen til A vil medføre en vesentlig ulempe for arbeidsgiver. Hun vil i så fall kunne gjøre krav på stillingen dersom arbeidsgiver ansetter en person som A kan gjøre fortrinnsrett gjeldende overfor. Slik saken ligger an, mener nemnda at A har tilstrekkelig aktuell interesse i få dette spørsmålet prøvet.

Ettersom A er kvalifisert til stillingen, er det avgjørende spørsmål for om hun har fortrinnsrett om utøvelse av denne retten vil innebære vesentlige ulemper for virksomheten. Hva som ligger i begrepet vesentlig ulempe er ikke nærmere definert i loven. Av lovens forarbeider, Ot. prp. nr. 49 (2004-2005) kapittel 17.2.6 side 227, fremgår det at dette vil bero på en konkret vurdering av om utøvelse av fortrinnsretten vil gi urimelige utslag for virksomheten. I henhold til forarbeidene vil forbeholdet om vesentlig ulempe blant annet innebærer 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 stilling. Dersom den utlyste stillingen kun er en mindre stillingsbrøk som kan kombineres med den deltidsstilling arbeidstakeren allerede har, er utgangspunktet at vedkommende kan utøve fortrinnsrett.

Twisteløsningsnemnda har i sak nr. 20/06 lagt til grunn at forarbeidene ikke kan forstås slik at fortrinnsretten skal være avskåret i *alle* tilfeller hvor det blir en rest igjen av den utlyste stillingen, uavhengig av om det etter en konkret vurdering kan påvises en vesentlig ulempe for arbeidsgiveren å bli sittende igjen med en lav stillingsbrøk. Nemndas flertall, medlemmene Harborg, Brustad og Benum, er enig i at det ikke kan utelukkes at man kan gjøre fortrinnsrett på en del av en utlyst stilling og at virkningen for arbeidsgiver alltid må vurderes konkret, men understreker at på bakgrunn av de klare uttalelsene i forarbeidene må hovedregelen være at en deling av en utlyst stilling vil utgjøre en vesentlig ulempe for arbeidsgiver. I dette ligger at det i slike tilfeller må stilles relativt små krav til arbeidsgivers konkretisering av negative virkninger. Flertallet har kommet til at det i denne saken innebærer en vesentlig ulempe for virksomheten at man deler opp stillingen, slik nemnda også gjorde i de tidligere saker 20/06, 23/06 og 13/07. Det vil være problematisk for arbeidsgiver rent teknisk å kombinere de gjenværende 25 prosentene med andre stillinger i turnusplanen, og det vil være vanskeligere for arbeidsgiver å oppnå formålet med opprettelsen stillingen, nemlig å minske avdelingens samlede belastning ved ugunstig arbeidstid. I tidligere saker (19/06, 47/07, 48/07 og 49/07) fikk arbeidstaker medhold fordi det var to deltidsansatte som ønsket å dele den ledige stillingen mellom seg, slik at arbeidsgiver ikke ble stående igjen med en liten reststilling. Dette er ikke tilfellet her.

Nemndas flertall har etter det ovennevnte kommet til at A ikke har fortrinnsrett til 25 prosent av den utlyste stillingen.

Mindretallet, medlemmene Skaug og Dahlstrøm viser til at det fremgår av sakens opplysninger at arbeidsgiver i dette tilfellet har valgt å avvente tilsetting i påvente av avgjørelse fra nemnda i forhold til A krav om fortrinnsrett. I et slikt tilfelle finner mindretallet at nemnda kan foreta en alminnelig prøving av om lovens vilkår for utøvelse av fortrinnsrett er oppfylt.

Mindretallet har kommet til at A har fortrinnsrett til 25 % av stillingen etter arbeidsmiljøloven § 14-3. Mindretallet legger til grunn at en 25 % reststilling vil kunne utgjøre en vesentlig ulempe for arbeidsgiver, men at dette må vurderes konkret i den enkelte sak. Mindretallet er av den oppfatning at B ikke i tilstrekkelig grad har dokumentert at det i denne saken

foreligger en vesentlig ulempe. A har sagt seg villig til å ta ekstra helgearbeid slik at stillingen kan deles. Mindretallet har også lagt vekt på at kommunen i sin begrunnelse for avslaget har vist til sin likestillingsplan om at stillinger ikke skal være lavere enn 40 %. A har fra før en 75 % stilling og kan ikke utvide stillingen med mer enn 25 %. A og også andre deltidsansatte med høyere stillingsbrøk enn 60 %, og altså et behov for å øke stillingen med mindre enn 40 %, vil således risikere å aldri kunne få benyttet lovens fortrinnsrettsbestemmelse. Mindretallet har videre lagt vekt på at kommunen har en overtallighetssituasjon for sykepleierne, og antar at muligheten av å benytte den resterende 25 % stillingen som et tilbud til disse, vil være enklere enn ved ordinær rekruttering. Da A uansett ikke vil få medhold av nemnda, finner mindretallet det ikke nødvendig å ta stilling til om det eventuelt var andre fortrinnsberettigede etter aml § 14-2 som i så fall går foran fortrinnsretten etter § 14-3.

Konklusjon

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

Tvisteløsningsnemnda

Henning Harborg
leder

Lillestrøm, 13.06.08

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.