

VEDTAK NR 27/08 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Tvisteløsningsnemnda avholdt møte tirsdag 8. april 2008 i Arbeidstilsynets lokaler.

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

Tvist om fortrinnsrett for deltidsansatte etter arbeidsmiljøloven § 14-3

Arbeidstaker

A

Arbeidsgiver

B

Det ble truffet slikt

vedtak:

Saksforhold

A er fast ansatt som sykepleier i 78 prosent stilling natt ved B.

Høsten 2007 ble det utlyst en 50 prosent sykepleiestilling på natt ved sykehjemmet.

A søkte den aktuelle stillingen i brev av 12. september 2007. Hun påberopte seg fortrinnsrett. Det ble i søknaden ikke fremmet et spesifisert krav til stillingens størrelse.

Det var flere søkere til stillingen, herunder en intern søker i 56,5 prosent stilling.

En ekstern søker ble tilsatt i den utlyste stillingen og A mottok avslag på sin søknad, jf. arbeidsgivers brev av 1. november 2007.

Arbeidstaker bragte saken inn for tvisteløsningsnemnda i brev av 28. november 2007.

Overfor nemnda har begge parter fått anledning til å komme med utfyllende merknader i saken. Det vises i denne forbindelse til arbeidsgivers brev av 10. januar 2008 og 22. februar 2008. Samt arbeidstakers brev av 29. februar 2008.

Arbeidstakers anførsler:

A fastholder sin fortrinnsrett og tilbakeviser at dette vil medføre en vesentlig ulempe for arbeidsgiver. Hun anfører i det vesentlige:

Arbeidstaker viser til at hun over lengre tid har ønsket å utvide sin stillingsbrøk. Hun har derfor tatt ekstravakter ved ferieavvikling og ved sykdom, samt søkt på ledige nattvaktstillinger.

Videre fremhever A at hun tidligere, ved sommeravvikling, har jobbet 100 prosent. Hun kan derfor ikke se at en utvidelse av stillingen vil være en vesentlig ulempe for arbeidsgiver.

A påpeker at arbeidsgiver burde ha gått i dialog med begge de interne søkerne til stillingen for avklare hvordan man kunne ha lagt opp turnusen. Arbeidsgiver ville da kunne unngått å bli sittende igjen med en liten stillingsbrøk.

Hun fremhever at det er lite gunstig å kombinere en 78 prosent nattvaktstilling med en dag- og aftenvaktstilling. Arbeidsgivers tilbud om dag/aften vakter var derfor ikke en aktuell løsning for å øke stillingsbrøken.

Arbeidsgivers anførsler

B fastholder at en fortrinnsrett for A vil påføre arbeidsgiver en vesentlig ulempe. Det anføres i det vesentligste:

A ble vurdert som kvalifisert til stillingen, men ble ikke innstilt da den ledige stillingen på natt ikke lar seg kombinere med hennes nåværende stilling.

På B er det en sykepleier på jobb hver natt med ansvar for det sykepleiefaglige. I tillegg er det en hjelpepleier ved hver avdeling. Turnusen for natt inneholder tre sykepleierstillinger (1,82 årsverk). A er fast tilsatt i 78 prosent stilling, i tillegg er det to ansatte på henholdsvis 47,65 og 56,5 prosent. Sistnevnte har også søkt på den aktuelle stillingen og søknadene er derfor vurdert i sammenheng. Alle stillingene har vakt hver tredje helg.

Sykehjemmet ser det som en vesentlig ulempe for driften å splitte opp den ledige stillingen. A kollega søkte på 20 prosent av den ledige stillingen på 50 prosent. A har ikke angitt i sin søknad hvor mye hun ønsker å gå opp i stillingsprosent. Men forutsatt at hun fikk utvidet sin stilling med nattevakter til 100 prosent, ville det bli en meget lav reststilling ledig kun tilknyttet helg. Arbeidsgivers erfaring tilsier at det er vanskelig å få tilsatt kvalifisert personell til en slik resterende stillingsbrøk.

En utvidelse av stillingen vil videre medføre arbeid hver andre helg. Arbeidsgivers ønsker ikke en slik løsning da dette vil gjøre det vanskelig å rekruttere nye sykepleiere til sykehjemmet.

Det vises videre til arbeidsmiljølovens § 14-3 hvor det forutsettes at en deltidsansatt som søker fortrinnsrett i utgangspunktet må ta hele den utlyste stillingen. A kan ikke ta hele den utlyste stillingen da hun allerede har 75 prosent stilling.

B bemerker at A har fått tilbud om å utvide sin stillingsbrøk med dag- og aftenvakter i arbeidsgivers brev av 22. november 2007. Det vises videre til at A kunne ha søkt på større stillingsbrøker som er ledige ved andre sykehjem i kommunen.

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 1. november 2007. Arbeidstaker brakte tvisten inn for tvisteløsningsnemnda i brev datert 28. november 2008. 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.

Arbeidsgiver har ikke reist tvil om arbeidstakers kvalifikasjoner til den utlyste stillingen. Tvisten gjelder om det representerer en vesentlig ulempe for arbeidsgiver at A utøver fortrinnsretten sammen med en kollega.

Hva som ligger i begrepet vesentlig ulempe er ikke nærmere definert i loven. I henhold til lovens forarbeider, Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) kap 17.2.6 side 227, vil spørsmålet om vesentlig ulempe bero på en konkret vurdering av om utøvelse av fortrinnsretten i det enkelte tilfellet vil gi urimelige utslag for virksomheten. Det følger videre av disse forarbeidene at deltidsansatte som gjør fortrinnsrett gjeldende som hovedregel ikke kan velge å søke en andel eller brøk av den utlyste stillingen, men må akseptere den utlyste stillingen i sin helhet.

Nemndas medlemmer er delt i sin begrunnelse og resultat. Flertallet, Henning Harborg, Tor Brustad og Børge Benum, legger til grunn at en utøvelse av fortrinnsretten vil medføre en vesentlig ulempe for arbeidsgiver.

I den aktuelle saken innehar arbeidstaker en 78 prosent stilling fra før, som hun ønsker å utvide. A spesifiserer imidlertid ikke i sin søknad hvor stor stillingsbrøk hun ønsker. Ser man hen til at den andre søkeren ønsket å øke med 20 prosent, og forutsetter at A ønsker og øke med maksimalt 22 prosent, vil arbeidsgiver sitte igjen med en ubesatt reststilling på 8 prosent av den utlyste stillingen på 50 prosent.

Tvisteløsningsnemnda 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 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. Ved å dele den ledige 50 prosent stillingen vil sykehjemmet bli sittende igjen med en foreløpig ubesatt reststilling på 8 prosent. Såfremt arbeidsgiver ikke får besatt reststillingen ved å tilby denne til en annen deltidsansatt, vil det være vanskelig å få besatt en så liten stillingsandel. Dette vil igjen kunne få konsekvenser for arbeidsbyrden til de øvrige arbeidstakerne. Så lave stillingsandeler vil etter flertallets syn også være vanskelig å forene med et av hovedhensynene bak bestemmelsen om fortrinnsrett for deltidsansatte, å styrke kvinners stilling på arbeidsmarkedet og fremme deres reelle muligheter til økonomisk selvstendighet, jf. side 226 i ovennevnte forarbeider.

Flertallet er etter dette kommet til at A sitt krav om fortrinnsrett etter § 14-3 ikke kan tas til følge.

Mindretallet, medlemmene Skaug og Dahlstrøm har kommet til at A har fortrinnsrett til den omsøkte stillingen etter arbeidsmiljøloven § 14-3. Mindretallet legger til grunn at det forhold at arbeidsgiver blir sittende med en reststilling som følge av utøvelse av fortrinnsretten vil kunne utgjøre en vesentlig ulempe, 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 foreligger vesentlig ulempe. Mindretallet legger avgjørende vekt på at både A og en annen intern søker til stillingen har opplyst at arbeidsgiver kunne ha unngått å bli sittende igjen med en reststilling ved å dele den utlyste stillingen mellom de to søkerne.

Konklusjon

Arbeidstaker gis ikke medhold.

Tvisteløsningsnemnda

Henning Harborg
leder

Lillestrøm, 4. august 2008.

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.