



Tvisteløsningsnemnda

Vedtaksdato
28.09.2023

Vår referanse
2023/97

Saksbehandlar
Birgit Espejord Jensen

VEDTAK NR 91/23 I TVISTELØYSINGSNEMNDA

Saka gjeld

Tvist om fortrinnsrett for deltidsansatte etter arbeidsmiljøloven § 14-3 mellom A og B kommune.

Vedtak

Ansettelsen av en ekstern søker var i strid med A sin fortrinnsrett etter arbeidsmiljøloven § 14-3.

Nemndas sammensetning

Steffen Rogstad, nestleder

Jan Eikeland, Akademikerne, fast medlem arbeidstakersiden

Andreas Dag Nilsen, KS, fast medlem arbeidsgiversiden

Arnfinn Grønvold Lillestrøm kommune bransjemedlem arbeidsgiversiden

Trude Hansen, Nors sykepleierforbund, bransjemedlem arbeidstakersiden

Saksforhold

A er fast ansatt som sykepleier i stilling på 57 prosent i B kommune, for tiden ved C sjukeheim.

B kommune lyste ut ledig stilling med søknadsfrist 18. mars, som sykepleier/vernepleier på natt, i 63,38 prosent ved C sjukeheim.

A søkte innen fristen på stillingen som sykepleier, der hun krevde fortrinnsrett på 13 prosent av stillingen. Hun ville øke sin faste stilling til 70 prosent med to ekstra nattevakter i løpet av fire uker.

B kommune avslo kravet i e-post av 9. mai 2023, og begrunnet avslaget med at det ville være vesentlig ulempe for virksomheten å dele opp den utlyste stillingen dersom fortrinnsretten skulle innvilges. En ekstern søker ble tilsatt i stillingen.

Arbeidsgiver har muntlig tilbudt A vakter i en timebank som fortrinnsvis kan brukes i forbindelse med helger, noe hun ikke har muligheter til å ta imot.

Sakens dokumenter

A sendte saken til nemnda den 9. mai 2023.

Begge parter har fått mulighet til å komme med utfyllende merknader.

A har sendt følgende til nemnda:

- brev av 9. mai 2023
- brev av 26. mai 2023
- brev av 23. juni 2023

B kommune har sendt følgende til nemnda:

- brev av 7. juni 2023
- brev av 7. august 2023

Arbeidsgiver sitt syn på saken

B kommune gjør gjeldende at A ikke kan få medhold i sitt krav fordi det ville innebære vesentlig ulempe for virksomheten dersom fortrinnsretten innvilges.

En reststilling lavere enn 63 prosent mener B kommune ville gjort det vanskeligere å rekruttere i reststillingen, og viser til at to av de eksterne søkerne under jobbintervjuet sa at de kom til å trekke søknadene sine dersom stillingen ble mindre. Kommunen anfører at de sannsynligvis ikke ville ha fått like mange søkere til en lavere stilling.

Kommunen anfører videre at det var to interne søkere som hadde krevd fortrinnsrett til deler av stillingen, og dersom fortrinnsretten skulle ha blitt innvilget i begge tilfellene ville dette medført en enda lavere reststilling.

Arbeidstaker sitt syn på saken

A gjør gjeldende at hun hadde fortrinnsrett til deler av stillingen som sykepleier fordi hun har en fast deltidsstilling som hun ønsker å utvide med to nattevakter i løpet av turnusperioden

på fire uker. Hun mener at kommunen kan utvide hennes stilling uten at det ville medføre vesentlig ulempe og viser til at hun i sin søknad hadde lagt ved fire alternative ukedager, som kunne redusere arbeidsgivers eventuelle ulemper.

A anfører videre at B kommune ikke har forsøkt å lyse ut reststillingen som ville ha vært på 50 prosent dersom hun hadde fått fortrinnsrett. Hun ble selv ansatt i 50 prosent stilling, noe som tilsier at det ville ha vært mulig å få tak i kvalifisert personell.

Kommunen informerte om at hun kunne søke utvidelse av sin stilling og A anfører at kommunen ikke har gjennomført drøftinger etter arbeidsmiljøloven § 14-3, og at de heller ikke til tross for purringer, besvarte hennes krav om fortrinnsrett før noen andre var tilsatt i stillingen.

Lovgrunnlag og hva partene er uenige om

Tvisteløsningsnemnda kan etter arbeidsmiljøloven § 17-2 avgjøre tvister som nevnt i arbeidsmiljøloven 14-3 første ledd:

«Deltidsansatte har fortrinnsrett til utvidet stilling fremfor at arbeidsgiver foretar ny ansettelse eller innleie i virksomheten. Fortrinnsretten kan også gjelde en del av en stilling.»

Etter § 14-3 tredje ledd må arbeidstaker være kvalifisert for stillingen og utøvelse av fortrinnsretten må ikke innebære vesentlige ulemper for virksomheten.

Nemnda sin begrunnelse

Nemnda har delt seg i et flertall og et mindretall. Flertallet, medlemmene Rogstad, Grønvold, Eikeland og Hansen, har kommet til at arbeidstaker får medhold i sitt krav. Mindretallet, medlemmet Nilsen, har kommet til at arbeidstaker ikke får medhold i sitt krav.

Nemnda har gjort disse vurderingene

I denne saken er partene enige om at vilkårene loven er oppfylt, men er uenige om det ville ha vært vesentlig ulempe for virksomheten dersom fortrinnsretten skulle ha blitt innvilget.

Dokumentene i saken viser at den som fikk stillingen var en ekstern søker som ikke hadde fortrinnsrett.

Nemnda går derfor videre til å vurdere om A hadde fortrinnsrett til stillingen.

Nemndas flertall har kommet til at det ikke ville innebære vesentlige ulemper for B kommune om A fikk fortrinnsrett til deler av den utlyste stillingen med to nattevakter i løpet av turnusperioden på fire uker.

Det må gjøres en konkret vurdering av om utøvelse av fortrinnsretten gir urimelig utslag for virksomheten. Kravet til at ulempene må være «vesentlige» betyr at det ikke er nok med en generell ulempe. I forarbeidene til arbeidsmiljøloven § 14-3 (Ot. prp. nr. 49 (2004-2005) pkt. 17.2.6) nevnes det noen eksempler på hva som kan være vesentlige ulemper. Det kan være en ulempe å ikke få ansatt flere personer, eksempelvis for å unngå konflikt med

arbeidstidsbestemmelser. Fortrinnsretten kan gi ulemper for andre arbeidstakere, som flere ubekvemme vakter eller færre personer å dele arbeidet på.

Det er arbeidsgiver som må sannsynliggjøre at innvilgelse av fortrinnsretten vil innebære vesentlige ulemper.

Fortrinnsretten kan etter ordlyden også gjelde en del av en stilling. I tilfeller hvor fortrinnsretten gjelder en del av en stilling nevner forarbeidene (Prop. 57 L (2017-2018) punkt 7.3) noen eksempler på hva som kan være vesentlige ulemper. Det kan være problemer med å rekruttere kvalifiserte søkere til resten av en stilling eller at antallet deltidsansatte øker.

Utgangspunktet er at oppdeling av en stilling i seg selv er en ulempe for arbeidsgiver, og at det stilles relativt små krav til konkretisering av negative virkninger for at nemnda skal anse dem som vesentlige i lovens forstand. Alle ulempene må vurderes samlet og konkret i den enkelte sak.

Nemnda har lagt vekt på at en økning i A sin stilling med to nattevakter per fjerde uke tilsvarer 13 prosent økning i hennes stilling, og dersom fortrinnsretten ble innvilget ville arbeidsgiveren hatt ei reststilling på 50,38 prosent stilling.

Twisteløsningsnemndas flertall har kommet til at ulempene ved å gi A fortrinnsrett til 13 prosent av den utlyste stillingen på 63,38 prosent ikke anses som vesentlige i denne saken. Ved å utvide A sin stilling ville arbeidsgiver sitte igjen med en stilling på 50,38 prosent. En slik oppdeling ville hverken redusere eller øke antallet deltidsansatte, og ut ifra formålet til § 14-3 er det midt i kjerneområdet for bestemmelsen å øke stillingsprosentene for deltidsansatte når det er ledige stillinger. Dette kan derfor ikke i seg selv anses som en vesentlig ulempe.

Arbeidsgiver opplyser at det ville ha blitt vanskeligere å rekruttere de to søkerne som ble tilsatt i stillingen i en mindre stillingsstørrelse. Nemndas flertall kan ikke se at arbeidsgiver har underbygget dette ut over å vise til at de to som var på intervjuet til stillingen uttrykte at de kom til å trekke søknaden om stillingsstørrelsen ble mindre. Det er etter flertallets syn en generell ulempe.

Nemndas flertall vil bemerke at fortrinnsrett etter § 14-3 i seg selv er en begrensning arbeidsgivers mulighet til fritt å ansette den søkeren de ønsker. Flertallet er av den oppfatning at en reststilling på omtrent 50 prosent er en nokså vanlig stillingsprosent for nattstillinger i denne bransjen, og finner det ikke sannsynliggjort at søkermassen ville ha sett annerledes ut dersom B kommune hadde forsøkt å lyse ut stillingen i en mindre stillingsprosent. Nemndas flertall har også lagt vekt på at A har vært fleksibel i hvordan en utvidelse av stillingen kunne gjennomføres. Etter flertallets syn har arbeidsgiver ikke dokumentert at det foreligger vesentlig ulempe i sin vurdering av fortrinnsretten til A.

Twisteløsningsnemndas mindretall er kommet til at det foreligger vesentlig ulempe ved å gi A fortrinnsrett til deler av den utlyste stillingen på 63,38 prosent.

Arbeidsgiver har dokumentert at stillingene ikke ville blitt besatt, da de to eksterne søkerne sa at de kom til å trekke søknaden dersom stillingsprosenten ble mindre enn det som var lyst

ut. Dette er også i kjernen av det forarbeidene påpeker kan være en vesentlig ulempe, jfr. Prop 57 L (2017-2018), side 41:

At arbeidsgiver blir sittende igjen med en reststilling det vil kunne være vanskelig å rekruttere kvalifiserte søkere til, kan innebære en slik vesentlig ulempe.

Forarbeidene åpner således for at hvor det vil «kunne» være vanskelig å rekruttere, vil det kunne anses for å være en vesentlig ulempe, mens i den foreliggende sak er det en større grad av visshet om at så er tilfellet.

Arbeidsgivers behov for og vansker med å ansette flere sykepleiere, sammenholdt med at det i dette tilfellet anses sannsynliggjort at de to søkerne ikke ville akseptert en lavere stillingsprosent, medfører at det foreligger en vesentlig ulempe etter arbeidsmiljøloven § 14-3.

Nemnda bemerker også at det er uheldig at arbeidsgiver ikke har drøftet spørsmålet med arbeidstakeren slik arbeidsmiljøloven § 14-3 fjerde ledd krever.

Nemndas konklusjon

Ansettelsen av en ekstern søker var i strid med A sin fortrinnsrett etter arbeidsmiljøloven § 14-3.

Tvisteløsningsnemnda

Steffen Rogstad
Nestleder

28. september 2023