

VEDTAK NR 84/10 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Twisteløsningsnemnda avholdt møte onsdag 1. desember 2010.

Ved behandlingen av saken var tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Henning Harborg, leder
Haakon Skaug, LO
Elisabeth Lea Strøm, NHO

Særskilt oppnevnte medlemmer

Beate Tønjum Hengy, Ahus
Ingrid T. Enoksen, NSF

Saken gjelder

Twist om fortrinnsrett for deltidsansatte etter arbeidsmiljøloven § 14-3

Arbeidstaker

A

Arbeidsgiver

B

Det ble truffet slikt vedtak:

Saksforhold

A er fast ansatt som intensivsykepleier i akuttmottak/ AMK (akuttmedisinsk kommandosentral), B i stilling på 75 prosent.

Klinikk for kirurgi og akuttmedisin, enhet for akuttmottak og AMK, X utlyst en fast stilling på 100 prosent for spesialsykepleier med søknadsfrist 11. juli 2010. A søkte på den utlyste stillingen.

Arbeidsgiver avsto søknaden i e-post av 23. september 2010. En deltidsansatt spesialsykepleier i enheten i fast stilling på 75 prosent ble tilsatt i den utlyste stillingen. Den deltidsansattes opprinnelige stilling på 75 prosent ble ikke utlyst. Virksomheten hadde i januar 2010 ansatt en sykepleier midlertidig. Denne sykepleieren ble vurdert å ha krav på fast ansettelse, og hennes stilling ble derfor gjort fast.

Saken ble brakt inn for tvisteløsningsnemnda ved brev av 11. oktober 2010.

Overfor nemnda har begge parter fått anledning til å komme med utfyllende merknader i saken.

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidstaker:

- brev av 11. oktober 2010
- brev mottatt 28. oktober 2010
- brev av 1. november 2010
- e-post av 24. november 2010

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev av 11. november 2010
- e-post av 17. november
- e-poster av 23. november 2010
- e-post av 25. november 2010

Arbeidstakers anførsler

A anfører i det vesentligste:

A er utdannet intensivsykepleier og ønsker å arbeide i full stilling. Dette har hun gitt klart uttrykk for overfor arbeidsgiver og har gjentatte ganger søkt på stillinger ved enheten, men fått avslag. Som følge av at mange jobber deltid er ønsket om ekstravakter stort og medfører at det er problematisk å få tilstrekkelig antall ekstravakter for å oppnå full stilling. For å ha mulighet til å komme opp i full stilling har hun i tillegg vakter ved legevakten. Dette medfører at hun må forholde seg til to arbeidsgivere og at hun får en større vaktbelastning i helger og på kvelder. Arbeidsgiver påpeker at det ikke er tillatt å ha andre arbeidsgivere, men kan samtidig ikke tilby full stilling. Etter ansettelsen av en intern søker i stillingen på 100 prosent ble det

frigjort en stilling på 75 prosent. Stillingen på 75 prosent ble tildelt en vikar uten å ha blitt utlyst eksternt eller internt. A mener at ansettelsen er i strid med hennes fortrinnsrett.

Arbeidsgivers anførsler

B anfører i det vesentligste:

A er intensivsykepleier og oppfyller således kvalifikasjonskravene til den utlyste stillingen. En annen intern ansatt spesialsykepleier med fortrinnsrett ble tilsatt i stillingen. Vedkommende hadde opprinnelig en fast stilling på 75 prosent. Denne stillingen ble ikke utlyst ettersom det var foretatt en ulovlig midlertidig ansettelse i januar 2010 og vedkommende fikk endret sin arbeidsavtale til fast ansettelse.

Twisteløsningsnemndas merknader

Twist 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. Det fremstår som noe uklart for nemnda på hvilket tidspunkt arbeidstaker ble gjort kjent med at det var foretatt tilsetting i stillingen. Arbeidstaker skal ha blitt skriftlig orientert om at søknaden ble avslått i e-post av 23. september 2010, og nemnda legger dette tidspunktet til grunn for fristberegningen. Arbeidstaker brakte tvisten inn for tvisteløsningsnemnda ved brev av 11. oktober 2010, og 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 omtvistet at A er kvalifisert til den utlyste stillingen. Den som ble ansatt i den utlyste stillingen på 100 prosent var en annen deltidsansatt spesialsykepleier med fortrinnsrett etter arbeidsmiljøloven § 14-3. Regelen gir ikke noen veiledning om hvordan man skal prioritere mellom flere fortrinnsberettigede. Det må i utgangspunktet tilfalle arbeidsgiver å foreta den prioriteringen. Slik saken er opplyst foreligger det etter nemndas syn ikke grunnlag for å overprøve arbeidsgivers vurdering i valget mellom de fortrinnsberettigede.

Arbeidstakers krav på fortrinnsrett må normalt forstås slik at det også omfatter stilling som frigjøres ved at andre fortrinnsberettigede ansettes i utlyst stilling – dersom det foretas ny ansettelse i lovens forstand i den frigjorte stillingen. Det er derfor også et spørsmål om det er foretatt ny ansettelse i stillingen på 75 prosent som skulle ha blitt ledig etter at den andre interne søkeren fikk den fulle stillingen som var utlyst.

Stillingen ble fylt ved at arbeidsgiver endret en ulovlig midlertidig arbeidsavtale til fast ansettelse. Det er ingenting i loven som tilsier at arbeidsgiver i en slik situasjon er forpliktet til å gi den ulovlige midlertidige ansatte prioritet foran en deltidsansatt med fortrinnsrett, men nemnda kan likevel ikke se at det ble foretatt en nyansettelse i lovens forstand når arbeidsgiver valgte å etterleve sine forpliktelser etter § 14-9.

Medlemmene Skaug og Enoksen er enige i at det i dette tilfellet ikke kan sies å være foretatt en ny ansettelse. Arbeidstaker kan da ikke gis medhold. Disse medlemmene vil likevel peke på at den prosessen som er gjennomført av arbeidsgiver har fratatt arbeidstaker muligheten til å få prøvd sin fortrinnsrett til utvidet stilling, slik hun normalt skulle ha hatt adgang til. Dette skyldes arbeidsgivers overtreddelse av regler om midlertidig ansettelse kort tid før problemstillingen i denne saken ble aktuell. Selv om det ikke nødvendigvis har vært arbeidsgivers intensjon, vil prosessen kunne framtre som en omgåelse av arbeidsmiljøloven § 14-3. Skulle en tilsvarende sak bli aktuell på ny hos samme arbeidsgiver, ville disse medlemmer trolig vurdere å stemme for et annet resultat.

Konklusjon:

Arbeidstaker gis ikke medhold.

Twisteløsningsnemnda

Henning Harborg
leder

Lillestrøm, 09.12.2010

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.