

Tvisteløsningsnemnda

etter arbeidsmiljøloven

Vedtaksdato: 16.06.2015

Ref. nr.: 15/128

Saksbehandler: Helene Nødset Lang

VEDTAK NR 33/15 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Tvisteløsningsnemnda avholdt møte onsdag 6. mai 2015.

Ved behandlingen av saken var tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Anne Marie Due (vara for Henning Harborg), leder

Lornts Nagelhus (vara for Silje Hassellund Solberg), LO

Silje Stadheim Almestrand (vara for Elisabeth Lea Strøm), NHO

Særskilt oppnevnte medlemmer

Arne Løseth, Fagforbundet

Cecilie R. Sæther, KS

Saken gjelder

Tvist om fortrinnsrett for deltidsansatte etter arbeidsmiljøloven § 14-3

Arbeidstaker

A

Arbeidsgiver

B

Det ble truffet slikt vedtak:

Saksforhold

A er ansatt som hjelpepleier i 60 prosent stilling i B, med arbeidssted X.

Enheten består av 16,27 årsverk. Det er tre fulltidsansatte og 20 deltidsansatte i enheten. Alle jobber hver tredje helg, med unntak av leder og sykepleier 1, som kun jobber dagtid. Totalt er det 134 heltidsansatte og 315 deltidsansatte i kommunens omsorgstjeneste.

A søkte på tre ledige stillinger som helsefagarbeider, to stillinger på 43 og 50 prosent ved X og en 57 prosent stilling ved Y, som alle ble utlyst 15. august 2014. Arbeidsoppgavene i de utlyste stillingene og As nåværende stilling er like.

A fikk avslag på 43 prosent stilling og 57 prosent stilling i e-post 9. desember 2014, og på 50 prosent stilling i e-post 2. januar 2015.

I stillingen på 43 prosent ble det tilsatt en nyutdannet helsefagarbeider som hadde vært lærling i kommunen, jf. innstilling datert 6. oktober 2014. Fagforbundet B varslet 13. november 2014 at de ville sende saken til tvisteløsningsnemnda dersom innstillingen ble opprettholdt.

Stillingen på 57 prosent ved Y ble besatt av en arbeidstaker som hadde engasjement på 15,49 prosent fra før.

I stillingen på 50 prosent ble det innstilt en vikar som takket nei til stillingen. Denne stillingen er nå lyst ut på nytt. Arbeidsgiver opplyser at stillingen nå er besatt av intern søker som fikk økt sin stilling fra 28,6 til 50 prosent.

A fikk tilbud om en stilling på 62 prosent ved Z. Hun takket ja til å kombinere 40 prosent av denne stillingen med sin egen stilling, men dette var det ikke anledning til. Arbeidsgiver oppga at stillingen ikke skulle deles opp. A ønsket ikke å bytte arbeidsplass for en økning på 2 prosent og takket derfor nei til dette.

Saken ble brakt inn for tvisteløsningsnemnda ved udatert brev poststempelt 19. desember 2014. Overfor nemnda har begge parter fått anledning til å komme med utfyllende merknader i saken.

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidstaker:

- brev med vedlegg, poststempelt 19. desember 2014
- brev av 24. januar 2015 med vedlegg

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev av 19. januar 2015
- e-post av 24. april 2015 med vedlegg
- e-post av 30. april 2015

Arbeidstakers anførsler

A anfører at hun er kvalifisert for stillingene og at hun ønsker størst mulig stilling, fortrinnsvis 100 prosent. Hun har jobbet 20 år i kommunen og mener hun snart burde ha rett til større stilling.

Arbeidsgivers anførsler

Arbeidsgiver anfører at det ville medføre en vesentlig ulempe dersom A fikk fortrinnsrett til deler av de utlyste stillingene. En oppdeling og kombinasjon av stillingen ville medføre brudd på arbeidsmiljøloven på grunn av antallet helger på jobb. En oppdeling vil medføre ytterligere helgestillinger som vil bli vanskelig å få besatt med tilstrekkelig kompetanse. Søknaden kunne ikke imøtekommes på bakgrunn av en vurdering av enhetens samlede fagkompetanse (særlig i helgene) samt kontinuitet i stillingen i forhold til faglig forsvarlig drift.

Arbeidsgiver opplyser at de har hatt samtaler med de aktuelle ansatte hvor det fremkommer at de ikke ønsker å jobbe flere helger enn hver tredje helg.

Tvisteløsningsnemndas merknader

Tvist mellom arbeidsgiver og arbeidstaker om fortrinnsrett for deltidsansatte kan bringes inn for tvisteløsningsnemnda, jf. arbeidsmiljøloven § 17-2 (1) og § 14-3 (4).

Arbeidsmiljøloven § 14-3 (1) fastsetter at deltidsansatte har fortrinnsrett til utvidet stilling fremfor at arbeidsgiver foretar ny ansettelse i virksomheten. I stillingen på 43 prosent ble det tilsatt en tidligere lærling som nå er ferdig utdannet. Nemnda anser dette som en ny ansettelse i lovens forstand, da tilknytningen som lærling ikke kan anses som en fast ansettelse. Det samme gjelder stillingen ved Y som ble besatt av en arbeidstaker i engasjement på 15,49 prosent. Stillingen var ikke fast og utløste dermed ikke fortrinnsrett for vedkommende. I stillingen på 50 prosent er det etter fornyet utlysning tilsatt en intern deltidsansatt. Arbeidsmiljølovens regel om fortrinnsrett for deltidsansatte gir ikke noen veiledning om hvordan man skal prioritere mellom flere fortrinnsberettigede. Det må derfor i utgangspunktet tilfalle arbeidsgiver å foreta denne prioriteringen. Slik saken er opplyst finner nemnda ikke grunnlag for å overprøve arbeidsgivers vurderinger i dette valget mellom flere deltidsansatte søkere.

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 (2). Ved vurderingen av om arbeidstaker er kvalifisert kan det, i henhold til lovens forarbeider, tas hensyn til både faglige og personlige forutsetninger. Det legges til grunn at A er kvalifisert for stillingene siden de inneholder de samme arbeidsoppgavene som hennes nåværende stilling. Det er heller ikke påberopt av arbeidsgiver at arbeidstaker ikke er tilstrekkelig kvalifisert.

Det presiseres i forarbeidene til bestemmelsen (Innst. O. nr. 100 for 2004-2005 pkt. 17.2) at fortrinnsretten til utvidelse etter § 14-3 gjelder stillinger med om lag de samme arbeidsoppgaver som den deltidsansatte allerede utfører. Dette er også lagt til grunn i nemndas praksis. Arbeidsgiver opplyser at stillingenes oppgaver er like.

Det avgjørende for nemnda blir etter dette om utøvelse av fortrinnsretten vil medføre vesentlig ulempe for virksomheten, jf. § 14-3 (2). Hva som ligger i begrepet vesentlig ulempe, er ikke nærmere definert i loven. Av lovens forarbeider, Ot. prp. nr. 49 (2004-2005) side 227,

fremgår det at dette vil bero på en konkret vurdering av om utøvelse av fortrinnsretten i det enkelte tilfelle vil gi urimelige utslag for virksomheten.

I henhold til forarbeidene kan forbeholdet om vesentlig ulempe blant annet innebære 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 stillingen. Tvisteløsningsnemnda har i en rekke tidligere saker likevel uttalt at forarbeidene ikke kan forstås slik at fortrinnsrett skal være avskåret i alle tilfeller hvor den vil medføre at det blir igjen en rest av den utlyste stillingen, uavhengig av om det etter en konkret vurdering kan påvises en vesentlig ulempe for arbeidsgiver ved å bli sittende igjen med en lav stillingsbrøk.

Virkningen av den ulempen arbeidsgiver blir påført ved å bli sittende med en lav stillingsbrøk, må vurderes konkret, og det kan således åpnes for unntak fra hovedregelen. På bakgrunn av forarbeidene må utgangspunktet likevel være at deling av en utlyst stilling vil utgjøre en vesentlig ulempe for arbeidsgiver, og at det følgelig ikke stilles strenge krav til arbeidsgivers konkretisering av negative virkninger.

Arbeidsgiver opplyser at det er gjennomført generelle drøftinger med tillitsvalgte og verneombud, men ikke individuelle drøftinger med arbeidstaker etter § 14-3 (3). Nemnda bemerker at brudd på drøftingsplikten er uheldig, da partene på denne måten blant annet kunne avklart hvorvidt arbeidstaker i forbindelse med en stillingsutvidelse var villig til å arbeide flere helger enn hun allerede gjør, og dermed bidra til å redusere helgebelastningen i den eventuelle reststillingen.

Slik saken er opplyst finner nemndas flertall, medlemmene Due, Nagelhus og Løseth, etter en konkret helhetsvurdering at det ikke er tilstrekkelig grunnlag for å konkludere med at utøvelse av fortrinnsrett for A vil medføre vesentlig ulempe for virksomheten.

Det er fra arbeidsgiver anført et behov for å sikre tilstrekkelig bemanning i helgene. Nemnda har i sin praksis flere ganger akseptert at utfordringer med å dekke opp helgevakter kan utgjøre en relevant ulempe. Flertallet kan imidlertid ikke se at det er underbygget i denne saken, og mener arbeidsgiver burde ha gjort mer for å tilpasse turnusen, herunder gjennomført drøftinger med arbeidstaker med sikte på å kunne redusere ulempene i fellesskap. Det vektlegges videre at det er en stor andel deltidsansatte ved enheten (20 av 23 ansatte). Flertallet mener arbeidsgiver ikke kan basere bemanningen utelukkende på deltidsstillinger. Det presiseres at det i tilfeller som dette som hovedregel er en forutsetning for utøvelse av fortrinnsrett at man dekker en forholdsmessig andel av de ubekvemme vaktene som ligger i den utlyste stillingen.

Nemndas flertall konkluderer etter dette med at det var i strid med As fortrinnsrett som deltidsansatt at eksterne søkere ble ansatt i de omtvistede stillingene.

Flertallet har ikke tatt stilling til hvordan de omtvistede stillingene skulle vært fordelt mellom de aktuelle fortrinnsberettigede søkerne.

Nemndas mindretall, medlemmene Almestrand og Sæther, finner ikke grunnlag for å fravike den nevnte hovedregelen om at deltidsansatte som gjør fortrinnsrett gjeldende må akseptere hele den utlyste stillingen. Det er i vurderingen lagt avgjørende vekt på arbeidsgivers anførsel om at A allerede jobber hver tredje helg, og at hun derfor ikke i tillegg kan jobbe alle helgevaktene som følger med den ønskede stillingsbrøken.

Ved en eventuell utøvelse av fortrinnsrett til deler av den utlyste stillingen, vil arbeidsgiver følgelig sitte igjen med en liten stillingsbrøk med høy helgebelastning. Slik saken er opplyst legger nemndas mindretall til grunn arbeidsgivers anførsel om at det erfaringsmessig er vanskelig å rekruttere kvalifisert personell til slike stillinger, og at det vil skape utfordringer med å opprettholde forsvarlig drift. Nemndas mindretall har etter dette kommet til at utøvelse av fortrinnsrett for A til deler av de omstridte stillingene ville medføre en vesentlig ulempe for virksomheten.

Konklusjon

Ansettelsene av eksterne søkere i stillingene på 43 og 57 prosent var i strid med As fortrinnsrett etter arbeidsmiljøloven § 14-3.

Tvisteløsningsnemnda

Anne Marie Due
leder

Oslo, 16.06.2015

Til orientering:

Tvister som nevnt i §§ 10-13, 12-14 og 14-3 kan bringes inn for domstolene etter at tvisteløsningsnemndas avgjørelse foreligger, jf arbeidsmiljøloven § 17-2 (2). 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 (3).