

VEDTAK NR 47/11 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Tvisteløsningsnemnda avholdt møte torsdag 4. august 2011

Ved behandlingen av saken var tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Henning Harborg, leder
Haakon Skaug, LO
Tor Brustad (vara), NHO

Særskilt oppnevnte medlemmer

Gry Brandshaug Dale, KS
Magnus Buflod, NSF

Saken gjelder

Twist om fortrinnsrett for deltidsansatte etter arbeidsmiljøloven § 14-3

Arbeidstaker

A

Arbeidsgiver

B kommune

Det ble truffet slikt vedtak:

Saksforhold

A er fast ansatt som assistent i våken nattevaktstilling på 46,3 prosent. Arbeidsstedet er X barnebolig og bofellesskap, tjenester for funksjonshemmede, B kommune.

31. januar 2011 utlyste kommunen internt to faste våkne nattevaktstillinger, begge på 48,6 prosent og en fast helgestilling på 12,7 prosent ved X barnebolig og bofellesskap. Etter utlysningsteksten stilles det som krav at søkerne skal være helsefagarbeidere eller andre med erfaring fra mennesker med psykisk utviklingshemming.

A søkte på stillingene 11. februar 2011. Hun fikk avslag på søknaden, men tilbud om en helgestilling på 15 prosent med dag- og aftenvakter. Muntlig avslag ble mottatt 5. mai 2011 og skriftlig svar ble gitt i brev av 9. mai 2011.

Kommunen tilsatte to deltidsansatte i B kommune i de to nattevaktstillingene, en spesialpedagog i stilling på 46,7 prosent i ungdomskolen og en barne- og ungdomsarbeider i stilling på 20 prosent i SFO. Barne- og ungdomsarbeideren har i tillegg arbeidet som vikar ved X barnebolig- og bofellesskap.

Saken ble brakt inn for tvisteløsningsnemnda ved brev av 20. mai 2011. Overfor nemnda har begge parter fått anledning til å komme med utfyllende merknader i saken.

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidstaker:

- brev av 20. mai 2011
- brev av 22. juli 2011

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev av 24. juni 2011
- e-post av 5. juli 2011
- e-poster av 6. juli 2011

Arbeidstakers anførsler

A anfører i det vesentligste:

Arbeidsgiver har foretatt ansettelser i strid med hennes fortrinnsrett som deltidsansatt. Hun har vært deltidsansatt ved X barnebolig - og bofellesskap i 11 år, og har i tillegg tatt på seg mange ekstravakter som vikar. Siden 2009 har hun muntlig og skriftlig formidlet til arbeidsgiver at hun ønsker å øke sin nåværende stilling. Hun mener at de to faste nattevaktene burde ha fått tilbud om å øke sine stillinger når arbeidsgiver var kjent med at de begge ønsket dette. Tilbudet om helgestilling på 15 prosent med dag- og aftenvakter er for A ikke tilstrekkelig og kan ikke kompensere for at hun i de siste årene har arbeidet i stilling fra 75 til 120 prosent. A har for øvrig tidligere måttet si opp sin faste helgestilling fordi arbeidsgiver ønsket å ha rene nattevaktstillinger.

Arbeidsgivers anførsler

B kommune anfører i det vesentligste:

Det er ikke foretatt ansettelse i strid med As fortrinnsrett som deltidsansatt. De to som ble ansatt i stillingene var begge interne søkere som har vært deltidsansatte i kommunen i lang tid. Begge disse har formell godkjent utdanning, lang erfaring fra arbeid med mennesker med nedsatt funksjonsevne, og de fyller kvalifikasjonskravene i utlysningen. A har foreslått ny turnus for nattevaktene, men hennes forslag anses ikke som gunstig for bedriften eller de øvrige nattevaktene. Nattevakten som også ble tilsatt i 2009 har ikke søkt om høyere stilling og det er ikke aktuelt at vedkommende øker sin nattstilling. Kommunen mener det er nødvendig å fordele nattevaktene på fire deltidsstillinger. Tidligere erfaring med tre ansatte nattevakter i høyere stillingsandeler avslørte sårbarhet for sykefravær og ferieavvikling. Ved å ha fire nattevakter minsker sårbarheten for fravær. De tillitsvalgte er enig i at denne turnusen er bra både for beboere og ansatte. Mange nattevakter på rad og få hviledager mellom vaktene medfører erfaringsvis at sykefraværet øker. Turnusen som nå gjelder er i tråd med anbefalinger for nattarbeid ut fra et helsemessig perspektiv.

As ønske om utvidet stilling er delvis imøtekommet ved at hun er tilbudt en helgestilling på 15 prosent med dag- og aftenvakter. Dette tilbudet har A avslått.

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. Søknaden om fortrinnsrett for A ble avslått av B kommune 5. mai 2011. A brakte tvisten inn for tvisteløsningsnemnda i brev av 20. mai 2011. 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.

§ 14-3 gir ikke noen veiledning om hvordan man skal prioritere mellom flere fortrinnsberettigede, og det må i utgangspunktet tilfalle arbeidsgiver å foreta den prioriteringen. Problemstillingen nemnda må ta stilling til er derfor om de to som ble tilsatt i nattevaktstillingene hadde fortrinnsrett som deltidsansatte til stillingene ved X barnebolig og bofellesskap i kraft av sine stillinger som henholdsvis barne- og ungdomsarbeider ved SFO og som spesialpedagog ved skolen. Det uttales i Innstilling 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. Nemnda har etter en konkret vurdering kommet til at stillingene som henholdsvis spesialpedagog i skolen og barne- og ungdomsarbeider i SFO må regnes som andre type stillinger enn den utlyste stillingen som nattevakt. Derfor hadde ikke de ansatte fortrinnsrett til stillingene. Nemnda tilføyer at barne- og ungdomsarbeiderens *vikariat* i barneboligen og bofellesskapet ikke gir fortrinnsrett til fast stilling.

Nemnda legger derfor til grunn at det har skjedd nye ansettelser i lovens forstand.

Nemnda finner det ikke tvilsomt at vilkåret om utvidet stilling er oppfylt for A. Fortrinnsretten er videre betinget av at arbeidstaker er kvalifisert for stillingen. A arbeider i

samme type stilling i dag og har etter det opplyste 11 års arbeidserfaring fra arbeidsstedet. I utlysningsteksten oppstilles ikke et krav om fagutdanning da andre med erfaring fra mennesker med psykisk utviklingshemmede oppstilles som et alternativt stillingskrav. Nemnda legger derfor til grunn at A er kvalifisert for de utlyste stillingene. Nemnda bemerker at fortrinnsrett kan gjøres gjeldende av en *kvalifisert søker* – uavhengig av om andre søkere er bedre kvalifisert. Poenget med fortrinnsretten er nettopp å sikre at kvalifiserte deltidsansatte går foran andre søkere når utvidete stillinger blir ledige.

Det avgjørende spørsmål for nemnda er etter dette om utøvelse av fortrinnsretten vil innebære vesentlige ulemper for virksomheten, jf. § 14-3 andre ledd. 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.

Nemnda har kommet til at arbeidsgiver ikke i tilstrekkelig grad har godtgjort at fortrinnsrett for A vil medføre vesentlig ulempe for virksomheten. Arbeidsgivers ønske om å ha mange deltidsansatte for enklest mulig å få bemanningskabalene til å gå opp, er etter nemndas vurdering i dette tilfellet ikke tilstrekkelig tungtveiende til å begrunne en vesentlig ulempe i denne saken. Nemnda bemerker for øvrig at A etter det opplyste har jobbet i stilling fra 75 til 120 prosent uten at arbeidsgiver har anført at en slik stillingsandel har vært til vesentlig ulempe.

Nemnda presiserer at den ikke tar stilling til forholdet mellom A og ev. andre søkere med fortrinnsrett.

Konklusjon

De foretatte ansettelsene i nattevaktstillingene i B kommune var i strid med As fortrinnsrett etter arbeidsmiljøloven § 14-3.

Tvisteløsningsnemnda

Henning Harborg
leder

Lillestrøm, 08.08.2011

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.

