

VEDTAK NR 28/10 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Tvisteløsningsnemnda avholdt møte fredag 23. april 2010 i Departementsbygning R5, Akersgata 59, Oslo

Ved behandlingen av saken var tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

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

Særskilt oppnevnte medlemmer

Sine Kari Braanaas, Vestre Viken HF
Ann-Mari Wold, Fagforbundet

Saken gjelder

Tvist om fortrinnsrett for deltidsansatte etter arbeidsmiljøloven § 14-3

Arbeidstaker

A

Arbeidsgiver

B

Det ble truffet slikt vedtak:

Saksforhold

A arbeider som portør i stilling på 66,67 prosent ved teknisk avdeling/renhold ved B. Hun ønsker full stilling som portør.

Da A ble gjort kjent med at en annen portør ønsket å gå ned i stillingsprosent og at det dermed ville bli ledig en stilling på 40 prosent, henvendte hun seg til ledelsen med et ønske om full stilling. Avdelingen hadde på det tidspunkt seks ansatte portører hvorav tre i stilling på 100 prosent, en i stilling på 66,67 prosent og to i stilling på 50 prosent. Portørene arbeider i tidsrommet mandag til fredag fra klokken 07.00 til 20.00. Bemanningen må etter det opplyste være dekket med tre portører på morgenvakt, en på mellomvakt og en på kveldsvakt. Tjenesten dekkes av studenter i helgene.

Stilling som portør skal ha blitt utlyst i desember 2009.

A fremsatte ikke skriftlig søknad på stillingen, men partene er ikke uenige om at hun muntlig har formidlet til arbeidsgiver at hun ønsket den ledige stillingen. Arbeidsgiver opplyser at hun henvendte seg til enhetsleder i uke 52.

Stillingen på 40 prosent som portør ble besatt av en ekstern søker.

Arbeidsgiver opplyser at det ble foretatt en vurdering av om A hadde fortrinnsrett til stillingen. A skal ha blitt orientert om ansettelse den 18. januar 2010.

Saken ble brakt inn for tvisteløsningsnemnda ved As brev av 19. januar 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 19. januar 2010
- brev av 16. mars 2010

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev av 25. februar 2010
- e-post av 16. mars 2010
- e-post av 17. mars 2010

Arbeidstakers anførsler

A anfører i det vesentligste:

Ansettelse av ekstern søker var i strid med henne fortrinnsrett som deltidsansatt. Hun er kvalifisert til stillingen og blir ukentlig benyttet til arbeid som portør i stilling på opp mot 90 prosent.

Arbeidsgivers anførsler

B anfører i det vesentligste:

Virksomheten er avhengig av å ha et bestemt antall portører til stede hver dag og til bestemte tider. Turnusen ville ikke ha gått opp hvis virksomheten hadde ansatt en som allerede gikk i turnus de samme dager som den eksterne som ble ansatt. Dette ville ha medført at virksomheten hadde manglet en ansatt to dager i uken.

Tvistløsningsnemndas 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. Nemnda legger ut fra det opplyste til grunn at A muntlig søkte stillingen i uke 52, men at det er uklart når hun fikk avslag. Det meste tyder på at hun ble gjort kjent med at en annen søker hadde fått stillingen den 18. januar 2010, og at hun ikke tidligere ble informert om avslaget. A brakte tvisten inn for tvisteløsningsnemnda i brev av 19. januar 2010, og saken anses som rettidig innbrakt.

Arbeidsmiljøloven § 14-3 første ledd fastsetter at deltidsansatte har fortrinnsrett til utvidet stilling fremfor at arbeidsgiver foretar ny ansettelse i virksomheten.

Nemnda registrerer at arbeidstaker har fått tilbud om stilling på 100 prosent ved å fortsette i stilling på 66,67 prosent som portør og i tillegg arbeide som renholder i stilling på 33 prosent. Etter det opplyste har arbeidstaker avlått dette tilbudet.

Nemnda er av den oppfatning at tilbudet om utvidelse av stilling ikke gjelder stilling med om lag de samme arbeidsoppgavene. Arbeidsgiver anses således ikke å ha oppfylt sine forpliktelser etter § 14-3 første ledd ved dette tilbudet. Nemnda må derfor vurdere om de andre vilkårene for å utøve fortrinnsrett er oppfylt.

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 for stillingen, og det avgjørende er derfor om utøvelse av fortrinnsretten vil medføre vesentlig ulempe for virksomheten.

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 vil 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 stilling. Dersom den utlyste stillingen kun er en mindre stillingsbrøk som kan kombineres med den deltidsstilling arbeidstakeren allerede har, er utgangspunktet at vedkommende kan utøve fortrinnsrett.

Etter lovens forarbeider er hovedregelen altså at en oppdeling av en utlyst stilling vil utgjøre en vesentlig ulempe for arbeidsgiver. Tvisteløsningsnemnda har i tidligere saker (blant andre 27/07, 28/07, 47/07, 26/09 og 49/09) likevel lagt til grunn at forarbeidene ikke kan forstås slik at fortrinnsretten skal være avskåret i alle tilfeller hvor utøvelsen av 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 å bli sittende igjen med en lav stillingsbrøk. Men selv om virkningen for arbeidsgiver alltid må vurderes konkret og det altså kan åpnes for unntak, må hovedregelen på bakgrunn av de klare uttalelsene i forarbeidene 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.

Nemnda har likevel kommet til at arbeidsgiver i denne saken ikke i tilstrekkelig grad har godtgjort at oppdeling av stillingen vil innebære en vesentlig ulempe for virksomheten. Nemnda bemerker at formålet med arbeidsmiljøloven § 14-3 er å sørge for at arbeidstakere som ønsker å arbeide full tid, i størst mulig utstrekning skal gis mulighet for dette. Som det følger av forarbeidene kan ufrivillig deltid for den enkelte arbeidstaker medføre negative konsekvenser både økonomisk og sosialt.

Arbeidsgiver anfører at en deling av stillingen vil medføre at man ikke vil ha tilstrekkelig bemanning til å dekke opp turnusen. Nemnda er enig i at det vil være en ulempe for arbeidsgiver, men kan ikke se at den er vesentlig i lovens forstand. Arbeidsgiver har ikke vist at dette skyldes en spesiell situasjon eller særskilte problemer ved denne avdelingen. Tvert imot tyder opplysningene i saken på at bemanningsproblemene er av varig karakter, og at deltidsansatte ikke vil kunne påregne utvidelser utenom i helt sjeldne tilfeller. Nemnda bemerker at den ledige stillingen på 40 prosent skyldes at en annen arbeidstaker ønsket å redusere sin fulle stilling. Å benytte den frigitte stillingen til utvidelse av As stilling burde derfor være mulig uten reduksjon av antallet personer turnusen skal deles på. Den begrunnelse arbeidsgiver har gitt for å nekte utvidelse, innebærer at A aldri vil kunne få utvidet sin stilling idet hun arbeider fem dager i uken, men kun korte vakter. Nemnda registrerer videre at denne avdelingen ikke har utfordringer med helgebemanningen. Det er mulig at arbeidsgiver må foreta visse justeringer i sin turnusplan for å utvide As stilling, men nemnda er av den oppfatning at det må kunne gjøres i denne saken uten vesentlig ulempe. Arbeidsgiver vil bli sittende med en reststilling på 6,67 prosent, men med mange andre deltidsansatte og utstrakt bruk av studenter, bør heller ikke det medføre vesentlig ulempe.

Slik saken er opplyst, finner nemnda etter en konkret helhetsvurdering at det ikke er tilstrekkelig grunnlag for å konkludere med at utøvelse av fortrinnsrett vil medføre vesentlig ulempe for virksomheten. Ansettelse av ekstern søker i den ledige stillingen som portør var dermed i strid med As fortrinnsrett etter § 14-3.

Konklusjon

Ansettelse av ekstern søker i den ledige stillingen som portør var i strid med As fortrinnsrett etter § 14-3.

Tvisteløsningsnemnda

Henning Harborg
leder

Lillestrøm, 26.04.2010

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.