



Tvisteløsningsnemnda

Vedtaksdato
23. januar 2023

Vår referanse
2022/149

Saksbehandler
Katarina Torrissen Revang

VEDTAK NR 1/23 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Tvisteløsningsnemnda avholdt møte torsdag 19. januar 2023.

Ved behandlingen av saken var Tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Anne Marie Due, leder
Silje Stadheim Almestrand, NHO
Jan Eikeland, Akademikerne

Særskilt oppnevnte medlemmer

Ida Borgenvik, Prima Assistanse
Arne Løseth, Fagforbundet

Saken gjelder

Tvist om fortrinnsrett for deltidsansatte etter arbeidsmiljøloven § 14-3

Arbeidstaker

A

Arbeidsgiver

B

Det ble truffet slikt vedtak:

Saksforhold

A er fast ansatt som brukerstyrt personlig assistent (BPA) i stilling på ca. 77 prosent i B.

B er et BPA-firma. X er en 42 år gammel mann som trenger hjelp til alle dagliglivets gjøremål, rehabilitering, trening og følgetjeneste. Det er for tiden ni brukerstyrte personlige assistenter i teamet, som jobber i en døgnkontinuerlig skiftordning. De fire største stillingene er på henholdsvis 77, 70, 65 og 50 prosent. De øvrige fem stillingene med lavere prosent arbeider natt, kveld og helg. Alle ansatte jobber hver tredje helg. Det er ingen i BPA-teamet som per i dag arbeider i full stilling.

B lyste sommeren 2022 ut to stillinger. Én fast BPA-stilling i 50 prosent, og én fast 90 prosent kombinasjonsstilling, som ifølge utlysningen skulle fordeles med 25 prosent som assisterende arbeidsleder og 65 prosent som BPA. Å være assisterende arbeidsleder ville ifølge utlysningen innebære ansvar for daglige driftsoppgaver som for eksempel veiledning, opplæring, rekruttering, vaktplaner, møtevirksomhet, HMS med mer.

Den 31. august 2022 søkte A på begge de utlyste stillingene. I påfølgende e-postkorrespondanse mellom arbeidstaker og arbeidsgiver, ble det avklart at A krevde fortrinnsrett, og at hun ønsket 100 prosent stilling. Arbeidsgiver gav deretter skriftlig avslag den 8. september 2022.

Saken ble brakt inn for Tvisteløsningsnemnda ved brev av 30. september 2022.

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

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidstaker:

- brev av 30. september 2022
- brev av 4. oktober 2022
- brev av 5. oktober 2022
- brev av 24. oktober 2022

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev av 14. oktober 2022
- brev av 28. oktober 2022
- brev av 16. desember 2022

Arbeidstakers anførsler

A gjør gjeldende at hun har fortrinnsrett til de utlyste stillingene. Hun ønsker totalt 100 prosent stilling, og anfører i det vesentligste at hun er kvalifisert og at fortrinnsrett kun ville medført en generell ulempe for virksomheten og de andre arbeidstakerne. For stillingen på 90 prosent med 25 prosent som assisterende arbeidsleder, viser A til at hun tok faget organisasjon og lederskap da hun gikk på videregående. Videre opplyser hun at hun

har arbeidet som assisterende arbeidsleder for Z fram til kommunen trakk tilbake avtalen med bedriften.

Arbeidsgivers anførsler

B gjør gjeldende at A ikke har fortrinnsrett til stillingene.

Når det gjelder 90 prosent stillingen, anfører arbeidsgiver at arbeidsoppgavene ikke er om lag de samme, da A utelukkende er ansatt i stilling som BPA, uten lederfunksjoner. B anfører videre at A ikke er kvalifisert til stillingen, da hun ikke har noen formelle lederkvalifikasjoner og at hun i tillegg har svært beskjeden praktisk ledererfaring. Arbeidsgiver anfører også at utøvelse av fortrinnsrett til stillingen vil innebære vesentlig ulempe for virksomheten, og viser til at det vil bli svært vanskelig å rekruttere ansatte til stillingen dersom de må redusere BPA-delen til 42 prosent. Denne prosentdelen vil heller ikke la seg innplassere i gjeldende arbeidstidsordning.

Når det gjelder 50 prosent stillingen, anfører B at fortrinnsrett til stillingen vil innebære en vesentlig ulempe for virksomheten. Arbeidsgiver påpeker at de vil få en liten reststilling som følge av at det er krevd fortrinnsrett til bare deler av en utlyst stilling, og at det da må stilles små krav til arbeidsgivers konkretisering av ulempene det vil medføre for virksomheten. I tillegg må det mindre til for å konstatere vesentlig ulempe for mindre virksomheter. Arbeidsgiver viser til at B er et lite foretak med ni deltidsansatte som jobber i en døgnkontinuerlig skiftordning. De ansattes stillingsprosenter er avtalt ut fra driftsavtalen foretaket har med kommunen, og har vært praktisert slik siden 2008. Arbeidsgiver anfører at innvilgelse av fortrinnsrett vil medføre stillingsprosenter som ikke lar seg innplassere i arbeidstidsordningen. I tillegg gir driftsavtalen med kommunen ikke økonomiske rammer for å øke As stilling og samtidig opprettholde utlyst stilling på 50 prosent, fordi avtalen gir støtte til et bestemt antall timer med BPA. Videre anfører B at oppdeling av utlyst stilling vil gå på bekostning av foretakets utgangspunkt om at arbeid på ferie- og helligdager fordeles så likt som mulig, noe som vil innebære en ulempe for de andre ansatte.

Avslutningsvis bemerker arbeidsgiver at det er et krevende arbeidsmarked for rekruttering av BPA-er, og at erfaringen viser at det er vanskelig å få kvalifiserte kandidater til å søke på ledige stillinger i foretaket i C, selv i større deltidsstillinger. Etter dette mener arbeidsgiver at innvilgelse av fortrinnsrett vil gi negative konsekvenser både for X, for driften av virksomheten og for de øvrige ansatte.

Tvisteløsningsnemndas merknader

Tvist mellom arbeidsgiver og arbeidstaker om fortrinnsrett for deltidsansatte kan bringes inn for Tvisteløsningsnemnda, jf. arbeidsmiljøloven § 17-2 første ledd og § 14-3 femte ledd. I henhold til forskrift om tvisteløsningsnemnd etter arbeidsmiljøloven § 2 settes nemnda med leder og to faste medlemmer. I tillegg er det oppnevnt to medlemmer med særlig kunnskap om bransjen som er berørt i saken (bransjemedlemmer).

Saken er behandlet etter reglene som gjaldt på avslagstidspunktet. Arbeidsmiljøloven § 14-3 første ledd fastsetter at deltidsansatte har fortrinnsrett til utvidet stilling fremfor at arbeidsgiver foretar ny ansettelse i virksomheten. Fortrinnsretten kan også gjelde en del av

en stilling. 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 annet ledd.

Det går fram av lovens ordlyd at fortrinnsretten gjelder «utvidet stilling». I forarbeidene til arbeidsmiljøloven § 14-3 (Innst. O. nr. 100 for 2004-2005 pkt. 17.2) presiseres det at retten gjelder stillinger med om lag samme arbeidsoppgaver som den deltidsansatte allerede utfører i sin faste stilling. Dette er også lagt til grunn i nemndas praksis.

A har krevd fortrinnsrett til begge stillingene. Det er ikke omtvistet at 50 prosent stillingen som BPA, er en utvidelse av stillingen hun allerede har i dag og at A er kvalifisert til denne. Når det gjelder stillingen på 90 prosent som assisterende arbeidsleder, fremgår det av utlysningen at stillingen er tillagt oppgaver som arbeidsleder og assistent. Etter nemndas syn er det ikke tvil om at denne stillingen ikke kan anses for å ha om lag de samme arbeidsoppgavene som A har i dag, da stillingen som BPA ikke er tillagt lederfunksjoner. Vilårene i arbeidsmiljøloven § 14-3 er derfor ikke oppfylt for stillingen på 90 prosent, og A har dermed ikke fortrinnsrett til denne stillingen.

Det avgjørende for nemnda blir etter dette om utøvelse av fortrinnsretten for deler av stillingen på 50 prosent vil medføre vesentlig ulempe for virksomheten, jf. § 14-3 annet ledd.

Hva som ligger i begrepet vesentlig ulempe, er ikke nærmere definert i loven. Av lovens forarbeider, Ot. prp. nr. 49 (2004-2005) punkt 17.2.6, 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:

«Det kan imidlertid være nødvendig for virksomheten å ansette flere personer, for eksempel for å få tilstrekkelig antall arbeidstakere til å dekke opp helgearbeid for å unngå å komme i konflikt med lovens regler om ukentlig hvile. Det kan også tenkes at fortrinnsretten kan føre til ulemper for de øvrige arbeidstakerne, for eksempel i form av at flere av disse får et betydelig innslag av arbeid på ubekvemme tidspunkter (natt- eller søndagsarbeid), fordi det er færre personer å dele arbeidet på. I slike tilfeller kan det være relevant for arbeidsgiver å påberope seg at fortrinnsretten fører til vesentlig ulempe.»

Departementet har i forbindelse med lovendringen i 2019 (Prop. 57 L (2017-2018) punkt 7.3) kommet med følgende merknad til bestemmelsen:

«Endringen innebærer at en kvalifisert deltidsansatt i prinsippet kan ha fortrinnsrett til bare en del av en stilling, forutsatt at fortrinnsretten kan gjennomføres uten at den er til vesentlig ulempe for arbeidsgiver. At arbeidsgiver blir sittende igjen med en reststilling det vil kunne være vanskelig å rekruttere kvalifiserte søkere til, kan innebære en slik vesentlig ulempe. Det samme vil kunne være tilfellet dersom gjennomføring av fortrinnsrett til bare en del av en stilling innebærer at virksomheten får flere, og ikke færre, deltidsansatte.»

Virkningen av den ulempen arbeidsgiver blir påført ved å bli sittende med en lav stillingsbrøk, må vurderes konkret., Utgangspunktet må likevel være at deling av en utlyst stilling vil utgjøre en ulempe for arbeidsgiver, og at det følgelig må stilles relativt små krav til arbeidsgivers konkretisering av negative virkninger. Departementet sluttet seg også til denne vurderingen i Prop.57 L (2017-2018) s. 14.

I vurderingen av om innvilgelse av fortrinnsrett vil innebære en vesentlig ulempe for B, har nemnda delt seg inn i et flertall og et mindretall.

Nemndas flertall, medlemmene Due, Almestrand, Eikeland og Borgenvik, har etter en konkret vurdering kommet til at B har sannsynliggjort at det vil medføre vesentlig ulempe for B å gi A fortrinnsrett til deler av stillingen på 50 prosent. I vurderingen har flertallet lagt vekt på at kravene til arbeidsgivers konkretisering av negative virkninger er relativt små der arbeidstaker krever fortrinnsrett til bare deler av en stilling, jf. forarbeidene Prop.57 L (2017-2018) pkt. 3.1.7. Videre fremgår at det kan innebære en ulempe at arbeidsgiver blir sittende igjen med en lav reststilling. I denne saken har A krevd fortrinnsrett til 23 prosent av stillingen, noe som vil resultere i en restprosent på 27 prosent, som er en relativt lav stillingsprosent. Videre legger flertallet vekt på at en innvilgelse av fortrinnsrett i dette tilfellet vil medføre endringer i virksomhetens etablerte turnus og derved også endringer i de øvrige ansattes turnus ved at de må arbeide flere ubekvemme vakter for at en skal ivareta tjenestemottakers døgnkontinuerlige behov for pleie og omsorg. Det er også av betydning for flertallets vurdering at B er et BPA-firma, og at tildeling av fortrinnsrett vil gå utover brukerstyringen som firmaet er ment å ha, for å ivareta Xs særlige behov. Etter en samlet vurdering har derfor flertallet kommet til at arbeidsgiver i tilstrekkelig grad har sannsynliggjort at ulempene er vesentlige i lovens forstand.

Nemndas flertall har etter dette kommet til at A ikke hadde fortrinnsrett til utvidelse av sin stilling.

Nemndas mindretall, medlemmet Løseth, har kommet til arbeidsgiver ikke har sannsynliggjort at det vil innebære vesentlig ulempe for B å innvilge fortrinnsrett til A. I vurderingen har mindretallet lagt vekt på at en ikke kan se at det er sannsynliggjort at fortrinnsrett vil forhindre døgnkontinuerlig bemanning for X. Nemndas mindretall er av den oppfatning at det må kunne la seg gjøre å innvilge 100 prosent stilling i BPA-ordning tildelt så mange timer/årsverk, og påpeker at arbeidsgiver må regne med tilpasninger av arbeidstidsordninger i forbindelse med tildeling av fortrinnsrett, som en naturlig konsekvens av at noen får utvidet sin stilling. Nemndas mindretall kan videre ikke se at det vil være særlig utfordrende å få tak i kvalifisert personell til de resterende 27 prosentene av stillingen. Mindretallet viser til at ingen av de ni BPA-ansatte i teamet har fulltidsstilling, og at det fra før av er fem personlige assistenter med lavere stillingsprosent enn 50 prosent.

Nemndas mindretall har etter dette kommet til at A hadde fortrinnsrett til utvidelse av sin stilling.

Nemnda vil avslutningsvis bemerke at det er uheldig at arbeidsgiver ikke har gjennomført drøftinger i henhold til arbeidsmiljøloven § 14-3 tredje ledd.

Konklusjon

A hadde ikke fortrinnsrett etter arbeidsmiljøloven § 14-3.

Tvisteløsningsnemnda

Anne Marie Due
Leder

23. januar 2023

Til orientering:

Tvister som nevnt i §§ 8-3, 10-13, 12-14, 14-3 og 14-4 a kan bringes inn for domstolene etter at Tvisteløsningsnemndas avgjørelse foreligger, jf. arbeidsmiljøloven § 17-2 annet 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 fra det tidspunktet parten ble underrettet om nemndas avgjørelse, jf. arbeidsmiljøloven § 17-2 tredje ledd.

Reises det ikke søksmål innen fristen, har vedtaket virkning som en rettskraftig dom, og det kan fullbyrdes etter reglene som gjelder for dommer, jf. arbeidsmiljøloven § 17-2 fjerde ledd.