

VEDTAK NR 24/14 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Tvisteløsningsnemnda avholdt møte torsdag 22. mai 2014

Ved behandlingen av saken var tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Henning Harborg, leder

Anne-Lise H. Rolland, oppnevnt etter forslag fra LO

Anders Stenbrenden (vara for Elisabeth Lea Strøm), oppnevnt etter forslag fra NHO

Særskilt oppnevnte medlemmer

Hanne Lyngstad Solberg, KS

Ingrid Tordis Enoksen, NSF

Saken gjelder

Tvist om fortrinnsrett for deltidsansatte etter arbeidsmiljøloven § 14-3

Arbeidstaker

A

Arbeidsgiver

B kommune

Det ble truffet slikt vedtak:

Saksforhold

A har de siste årene vært fast ansatt som sykepleier på natt i stilling på 50 prosent ved B og X kommunale legevakt, B kommune.

B kommune har deltatt i KS-prosjektet "Sammen om en bedre kommune" som blant annet har som formål å hindre ufrivillig deltid. I forbindelse med omlegging til døgnåpen drift av legevakten og innflytting i det nybygde Helsehuset i B ble det på denne bakgrunn besluttet å operere med todelt turnus dag/kveld på 100 prosent og rene nattevaktstillinger på 62,44 prosent på legevakten. Arbeidstidsordningen ble besluttet etter innspill fra en arbeidsgruppe bestående av tillitsvalgte fra NSF og Fagforbundet, etats- og virksomhetsledere og hovedverneombudet for helse- og velferdsseksjonen. De ansatte ble forespurt om hva slags stilling de ønsket. A ønsket primært nattstillingen, men ville gjerne ha denne utvidet til 80 prosent. Alternativt ønsket hun stilling på 80 prosent hvorav 62,44 prosentpoeng skulle være på natt og resten på kveldstid.

I januar 2014 utlyste B kommune to ledige dag-/kveldsstillinger som sykepleier på 100 prosent ved legevakten. A søkte på en andel av stillingens kveldsvaktdel, for slik å få økt sin stilling til 80 prosent fordelt på natt- og kveldsvakter. I omorganiseringsprosessen ble det også ledig en ekstra nattstilling på 62,44 prosent som sykepleier.

Etter å ha blitt tilbudt stilling i ny turnus der hun likevel var satt opp med nattevaktstilling på kun 62,44 prosent, sendte A 11. februar 2014 en e-post til arbeidsgiver med krav om begrunnelse for at hennes søknad ikke var innvilget.

De omstridte stillingene er nå besatt av eksterne søkere. B kommune begrunnet avgjørelsen i brev datert 12. februar 2014.

Saken ble brakt inn for tvisteløsningsnemnda ved brev datert 7. mars 2014. Saken for nemnda gjelder fortrinnsrett til deler av de ledige dag-/kveldsstillingene som ble utlyst. A mener å ha fortrinnsrett til så mange kveldsvakter i de stillingene at hun får en samlet stilling på 80 prosent.

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

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidstaker:

- brev av 7. mars 2014
- brev av 25. mars 2014
- brev av 11. april 2014

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev av 26. mars 2014

Arbeidstakers anførsler

På vegne av A anfører HTV i det vesentligste:

Økning av As stillingsprosent som omsøkt vil ikke medføre vesentlig ulempe for virksomheten. Hennes ønske om flere kvelds-/nattevakter vil tvert i mot kunne bidra til redusert vaktbelastning for andre ansatte. Kommunen har uansett ikke anledning til å fastsette en generell regel som avskjære nattsykepleiere enhver mulighet til større stillingsprosent enn 62,44.

Arbeidsgivers anførsler

B kommune anfører i det vesentligste:

A kunne fått tilrettelagt en stilling på 80 prosent dersom hun hadde vært villig til gå over til todelt dag/kveldsturnus. En utvidelse av As stilling til 80 prosent ved å beholde nattstillingen på 62,44 prosent og hente resten fra andre stillinger, vil imidlertid medføre vesentlig ulempe for virksomheten. Det vil heller ikke tjene andre hensyn enn As ønske om å jobbe natt.

Dersom en skulle hente disse prosentene fra den nattstillingen på 62,44 prosent som ble ledig i tilsettingsprosessen, ville man sitte igjen med en liten stillingsbrøk med full helgebelastning. Det vil være vanskelig å rekruttere kvalifisert personell til en slik stilling. Dersom stillingsutvidelsen skulle gjennomføres ved å ta kveldsvakter fra en dag/kveldsstilling, ville A fått en ubalansert tredelt turnus med hoveddel på natt, noe som gir en uheldig HMS-situasjon. I tillegg ville en sitte igjen med en reststilling på 82,45 prosent, noe som er i strid med virksomhetens innførte heltidskultur.

Tvistløsningsnemndas 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. 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). Slik saken er opplyst, legger nemnda til grunn at A er kvalifisert for de omstridte stillingene. Dette er heller ikke bestridt av arbeidsgiver.

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.

Slik nemnda forstår arbeidstaker, ønsker hun 80 prosent stilling uten å jobbe dagvakter. Kravet på fortrinnsrett gjelder derfor kveldsvakter i de todelte dag-/kveldsstillingene som ble utlyst, og da altså så mange kveldsvakter at hennes samlede stilling blir på 80 prosent.

Etter 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. Det må i alle saker gjøres en konkret vurdering av om det vil medføre en vesentlig ulempe for arbeidsgiver å bli sittende igjen med en lav stillingsbrøk.

Nemndas flertall, Harborg, Rolland, Stenbrenden og Solberg, finner at utøvelse av fortrinnsrett i dette tilfellet ville medført en vesentlig ulempe for arbeidsgiver. Arbeidsgiver har innført en arbeidstidsordning hvoretter de ansatte enten jobber netter *eller* dag-/kveldstid. Det er vel dokumentert at veksling mellom nattarbeid og dag-/kveldsarbeid kan være belastende, og ordningen fremstår som velbegrunnet. Nemnda legger til grunn at det ligger innenfor arbeidsgivers styringsrett å organisere arbeidet slik, og et krav om fortrinnsrett som vil bryte med arbeidstidsordningen vil etter flertallets oppfatning medføre en vesentlig ulempe for arbeidsgiveren.

Flertallet presiserer imidlertid at når arbeidsgiver først har besluttet at de ansatte enten skal jobbe netter eller på dag-/kveldstid, vil arbeidsgivers policy om at ingen nattevakter skal ha større stilling enn 62,44 %, lett komme i et anstrengt forhold til fortrinnsrettsbestemmelsen i § 14-3. En slik policy medfører at ingen nattevakter kan få større stilling enn 62,44 %. At nattevaktene kan få høyere stillingsprosent ved å gå over til dag-/kveldsarbeid vil ikke nødvendigvis være tilstrekkelig til å etterleve § 14-3. Dersom A hadde gjort fortrinnsrett gjeldende til deler av en nattestilling slik at hun hadde fått økt stillingsprosent med bare nattarbeid, ser ikke flertallet bort fra at arbeidstaker ville ha fått medhold. Denne saken gjelder imidlertid ikke et slikt krav, da hun krever sin nattestilling utvidet med kveldstimer fra en dag/kveldsstilling.

Nemndas mindretall, Enoksen, er kommet til et annet resultat. Etter mindretallets oppfatning har arbeidsgiver ikke i tilstrekkelig grad dokumentert at utøvelse av fortrinnsrett for A vil medføre vesentlig ulempe for arbeidsgiver. A har søkt om en stillingsutvidelse på om lag 17,5 prosent, noe som i praksis utgjør litt i overkant av 6 timer pr. uke. En oppdeling av en av de utlyste dag-/kveldsstillingene vil med dette utgangspunktet gi en reststilling på 82,5 prosent. Mindretallet kan ikke se at arbeidsgiver har sannsynliggjort at det vil være så vanskelig å rekruttere kvalifisert personell til en reststilling av denne størrelsen, at det kan sies å utgjøre en vesentlig ulempe.

Arbeidsgivers argumentasjon om at en slik oppdeling vil stride mot kommunens innførte heltidskultur kan etter mindretallets syn heller ikke tillegges avgjørende vekt i vurderingen av vesentlig ulempe. Mindretallet viser i denne sammenheng også til at arbeidsgiver også har som policy at nattevaktene kun skal jobbe deltid i 62,44 prosent. Mindretallet mener videre at argumentet om at kombinasjonen av vakter på natt og kveld gir en uheldig HMS-situasjon ikke oppfyller lovens krav til vesentlig ulempe. Det vises til at A har arbeidet som nattevakt i flere år, og at det ikke er fremlagt opplysninger som tilsier at dette har medført problemer for helse, miljø og sikkerhet. En utvidelse av stillingen med et svært begrenset antall vakter på kveld kan ut fra mindretallets vurdering ikke anses å utgjøre en risikofaktor.

I den konkrete vurderingen av om utøvelse av fortrinnsrett vil gi urimelige utslag for virksomheten, jf. lovens forarbeider, Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) side 227, har mindretallet også vektlagt at det i dette tilfellet er snakk om en beskjedne stillingsutvidelse, som etter mindretallets syn burde kunne finne sin løsning innenfor de ledige stillingshjemler som kommunen har hatt til rådighet.

Konklusjon

Arbeidstaker gis ikke medhold.

Tvisteløsningsnemnda

Henning Harborg
leder

Oslo, 17.06.2014

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).