



Tvisteløsningsnemnda

Vedtaksdato
27. april 2020

Vår referanse
2019/26607

Saksbehandler
Maria Schilvold

VEDTAK NR 63/20 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Tvisteløsningsnemnda avholdt møte torsdag 23. april 2020.

Ved behandlingen av saken var Tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Steffen G. Rogstad, nestleder
Silje Hassellund Solberg, LO
Mårten Brandsnes Faret, KS

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 hjelpepleier på natt i stilling på 84,82 prosent ved B i B kommune, for tiden med tjenestegjøring ved X sykehjem, avdeling 3 A.

Høsten 2019 ble Fagforbundet kjent med at en stilling på 53,52 prosent på natt ved X sykehjem, avdeling 3 A ville bli ledig, og den 15. november 2019 fremsatte de på vegne av tre medlemmer, herunder A, krav om fortrinnsrett til hver sine deler stillingen, hvorav de på vegne av A krevde 5,52 prosent.

Alle tre kravene ble avslått av arbeidsgiver i møte avholdt mellom Fagforbundet og arbeidsgiver den 25. november 2019, og gjentatt skriftlig i protokoll fra møtet, datert 29. november 2019. Av protokollen fremgår at As krav ble avslått «da en mener dette ikke er i tråd med SYE, arbeidstilsynet og BHT sine anbefalinger i forhold til nattarbeid» og at hennes eksisterende stillingsprosent «i utgangspunktet er høy nok for arbeid på natt». Hun ble samtidig tilbudt en full stilling på dag/kveld ved samme avdeling.

Saken ble brakt inn for Tvisteløsningsnemnda ved e-post av 13. desember 2019. Den omtvistede stillingen er ennå ikke besatt.

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

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidstaker:

- e-post av 13. desember 2019, med vedlegg
- e-post av 8. januar 2020, med vedlegg
- e-post av 17. februar 2020, med vedlegg
- e-post av 3. april 2020, med vedlegg

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev datert 10. januar 2020, med vedlegg
- brev datert 4. mars 2020

Arbeidstakers anførsler

A gjør gjeldende at hun har fortrinnsrett til 5,52 prosent av den omtvistede stillingen, og anfører at det ikke vil medføre noen vesentlig ulempe for arbeidsgiver. Hun viser til at Fagforbundet på vegne av henne og to øvrige ansatte med fortrinnsrett har foreslått en løsning hvor hele den omtvistede stillingen deles mellom disse tre, og at helgevaktene som inngår i stillingen kan fordeles mellom dem uten at det vil utløse brudd på arbeidsmiljøloven. At dette lar seg gjøre mener hun illustreres av en tidligere vaktplan der helgevaktene tilhørende den omtvistede stillingen ble fordelt mellom to ansatte som jobbet på forskjellige avdelinger uten at det medførte noe brudd på arbeidsmiljøloven. At man nå er tre stykker som skal fordele helgevaktene mener hun gjør det enda enklere å unngå brudd. A viser også til at hele den omtvistede stillingen er foreslått delt mellom henne og to øvrige ansatte

medfører at det ikke vil være noen reststilling tilbake som det vil være vanskelig å rekruttere til. Videre viser hun til at B bruker kalenderplaner som turnussystem, noe hun mener innebærer at man relativt uproblematisk kan justere neste periode i kalenderplanen for å ivareta drift og ansattes ønsker. Hun opplyser også om at planen for den omtvistede stillingen allerede er lagt for neste periode, hun og de to øvrige ansatte kommer til å jobbe de oppsatte vaktene uten at arbeidsgiver trenger å foreta noen justeringer.

I tillegg fremholder A at det vil få store negative konsekvenser for de ansatte dersom det aksepteres at nattarbeid ikke kan utøves i stillingsprosenter som nærmer seg heltidsarbeid, slik Bs praksis er i dag, med en maksimal størrelse på nattstillingene på 66 prosent. Hun mener man i praksis da vil være med på å akseptere et forbud mot heltid på nattarbeid i etaten, da B har egne ansatte på natt og ikke praksis med tredelt turnus.

Arbeidsgivers anførsler

B gjør gjeldende at A ikke har fortrinnsrett til 5,52 prosent av den omtvistede stillingen. De bestrider ikke at A er kvalifisert for stillingen eller at det er tale om en utvidelse av hennes eksisterende stilling, men anfører at det vil medføre en vesentlig ulempe for etaten å utvide hennes stilling til 90,34 prosent. De viser til at B opererer med en maksimal størrelse på nattstillingene på 66 prosent av full stilling som et utgangspunkt, og at dette har dels historiske, dels helsemessige årsaker. B viser videre til at turnusen/kalenderplanene i etaten er organisert ut ifra denne størrelsesorden. I tillegg mener B at det vil medføre en vesentlig ulempe å innfri As krav fordi det gir utfordringer å dekke opp sykefravær og ferie til ansatte med store nattstillinger, da det er vanskelig å innhente/rekruttere kvalifisert nattpersonell til mange vakter.

Når det gjelder den omstendighet at den omtvistede stillingen kreves delt mellom de tre ansatte som har krevd fortrinnsrett, mener B at en slik deling vil innebære at alle tre omfattes av arbeidsplanen som den omtvistede stillingen inngår i, og at de tre dermed skal fordele den samme helgevakten, noe som tidvis vil gi brudd på arbeidsmiljølovens bestemmelse om maksimalt antall arbeidshelger på rad. Videre mener B at en slik deling vil medføre at de øvrige ansatte på avdelingen vil måtte tilpasse seg ved at deres individuelle arbeidsplaner må justeres og harmoniseres, og at dette i seg selv også vil være en vesentlig ulempe for etaten.

Tvistløsningsnemndas merknader

Tvist mellom arbeidsgiver og arbeidstaker om fortrinnsrett for deltidsansatte kan bringes inn for Tvisteløsningsnemnda, jf. arbeidsmiljøloven § 17-2 (1) og § 14-3 (5). I henhold til forskrift om tvisteløsningsnemnd etter arbeidsmiljøloven § 2 settes nemnda med nestleder og to faste medlemmer.

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). Ved vurderingen av om arbeidstaker er

kvalifisert kan det, i henhold til lovens forarbeider, tas hensyn til både faglige og personlige forutsetninger.

Fortrinnsretten kan også gjelde en del av en stilling. A er fast ansatt i en stilling på 84,82 prosent og har fremsatt krav om fortrinnsrett til en del av en ledig stilling på 5,52 prosent slik at hun til sammen vil få en stillingsprosent på 90,34.

Det er ikke omstridt mellom partene at A er kvalifisert for den omtvistede stillingen eller at denne ikke har om lag samme arbeidsoppgaver som hennes eksisterende stilling. Da det ikke foreligger noen opplysninger i saken som tilsier noe annet, legger også nemnda det til grunn.

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) 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.»

Virkingen 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.

Nemnda har etter en konkret vurdering kommet til at det ikke er tilstrekkelig godtgjort fra Bs side at det vil medføre noen vesentlig ulempe for virksomheten å gi A fortrinnsrett til 5,52 prosent av den omtvistede stillingen.

B har opplyst at de opererer med en maksimal stillingsstørrelse på nattstillingene på 66 prosent, og oppgir at det både er historiske og helsemessige årsaker til det, uten å konkretisere dette nærmere. Nemnda har i foreliggende tilfelle ikke funnet det sannsynliggjort at større stillingsstørrelser på nattstillingene enn 66 prosent i seg selv vil utgjøre noen vesentlig ulempe for virksomheten, hverken for As stillingsøkning konkret eller for økning av nattstillingene ved avdelingen generelt. Videre har nemnda heller ikke funnet det sannsynliggjort at det tidvis vil medføre brudd på arbeidsmiljølovens bestemmelser om maksimalt antall arbeidshelger på rad dersom As krav innfris.

Nemnda finner heller ikke å kunne legge vekt på at det vil kunne gi utfordringer for arbeidsgiver å dekke opp hennes ferier og sykefravær, da dette er en generell ulempe som enhver arbeidsgiver må ta høyde for ved planlegging av personaldisponeringer. Nemnda ser at en utvidelse av As stilling vil kunne medføre noen endringer i turnusen sammenlignet med tidligere, men finner ikke at dette er tilstrekkelig til å utgjøre en vesentlig ulempe.

Etter dette har A fortrinnsrett til 5,52 prosent av den omtvistede stillingen.

Konklusjon

A har fortrinnsrett etter arbeidsmiljøloven § 14-3 til 5,52 prosent av den omtvistede stillingen fremfor at arbeidsgiver foretar ny ansettelse i virksomheten.

Tvisteløsningsnemnda

Steffen G. Rogstad
Nestleder

27. april 2020

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 (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 fra det tidspunktet parten ble underrettet om nemndas avgjørelse, jf. arbeidsmiljøloven § 17-2 (3).

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 (4).