

VEDTAK NR 28/15 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Tvisteløsningsnemnda avholdt møte onsdag 6. mai 2015.

Ved behandlingen av saken var tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Anne Marie Due (vara for Henning Harborg), leder
Lornts Natrud Nagelhus (vara for Silje Hassellund Solberg), LO
Silje S. Almestrand (vara for Elisabeth Lea Strøm), NHO

Særskilt oppnevnte medlemmer

Cecilie Sæther, KS
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 hjelpepleier/omsorgsarbeider i stilling på 50 prosent ved Hjemmetjenesten avdeling 2, B. Stillingen innebærer arbeid hver tredje helg.

Høsten 2014 utlyste kommunen internt flere ledige stillinger i Hjemmetjenesten, herunder en fagarbeiderstilling på 75 prosent og 4 fagarbeiderstillinger på 50 prosent ved avdeling 2.

A søkte i den forbindelse om utvidelse av sin faste stilling til 75 prosent. Ved brev datert 13. oktober 2014 fra kommunen ble A informert om at stillingen på 75 prosent og to av stillingene på 50 prosent var tilbudt andre søkere. Stillingene som ikke ble besatt ble senere utlyst eksternt.

Det er overfor nemnda opplyst at stillingen på 75 prosent ble tilbudt en annen fast deltidsansatt fagarbeider i kommunen. I stillingene på 50 prosent ble det ansatt flere søkere som på ansettelsestidspunktet ikke oppfylte utlysningstekstens krav om formalkompetanse.

Saken ble brakt inn for tvisteløsningsnemnda ved brev poststemplet 24. oktober 2014. Overfor nemnda har begge parter fått anledning til å komme med utfyllende merknader i saken.

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidstaker:

- brev poststemplet 24. oktober 2014
- brev av 21. november 2014
- brev av 13. januar 2015
- brev av 18. mars 2015

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev av 20. november 2014
- brev av 14. januar 2015
- brev av 20. februar 2015

Arbeidstakers anførsler

A anfører i det vesentligste:

Hennes utøvelse av fortrinnsrett til deler av stillingene på 50 prosent vil ikke føre til dårligere kontinuitet eller kvalitet i tjenestene. Det vises til at kommunen i stor grad benytter innleid arbeidskraft uten formell kompetanse til fagarbeiderstillingene, og at A med sin kompetanse kan bidra til høyere faglig kvalitet gjennom en større stilling. En eventuell reststilling på helg bør kunne benyttes som rekrutteringsstilling for studenter.

Utøvelse av fortrinnsrett for A vil således ikke medføre noen vesentlig ulempe for kommunen.

Arbeidsgivers anførsler

B anfører i det vesentligste:

Stillingen på 75 prosent ble besatt av en intern fast deltidsansatt med fortrinnsrett. Vedkommende hadde lengre ansiennitet og er bedre kvalifisert enn A.

En eventuell oppdeling av stillingene på 50 prosent vil medføre en vesentlig ulempe for virksomheten, fordi man da vil bli sittende igjen med en liten reststilling som det erfaringsmessig er vanskelig å rekruttere kvalifiserte søkere til. Dette vil også medføre stillinger med en helgebelastning som ikke er forenelig med turnusplanen. Opprettelse av stilling på mindre enn 50 prosent strider mot de aktivitets- og bemanningsplaner som er lagt for avdelingene, og kommer i konflikt med kommunens arbeid mot ufrivillig deltid.

Tvisteløsningsnemndas 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). Ved vurderingen av om arbeidstaker er kvalifisert kan det, i henhold til lovens forarbeider, tas hensyn til både faglige og personlige forutsetninger.

Det presiseres i forarbeidene til bestemmelsen (Innst. 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. Dette er også lagt til grunn i nemndas praksis. Slik saken er opplyst legger nemnda til grunn at A er kvalifisert for de utlyste stillingene, og at arbeidsoppgavene i de omstridte stillingene er om lag de samme som er tillagt As eksisterende stilling.

Arbeidstakers har opplyst at stillingen på 75 prosent er besatt av en annen intern deltidsansatt søker med fortrinnsrett. Dette er heller ikke bestridt av A, og nemnda legger derfor dette til grunn. Arbeidsmiljølovens regel om fortrinnsrett for deltidsansatte gir ikke noen veiledning om hvordan man skal prioritere mellom flere fortrinnsberettigede. Det må i utgangspunktet tilfalle arbeidsgiver å foreta den prioriteringen. Slik saken er opplyst finner nemnda ikke grunnlag for å overprøve arbeidsgivers vurderinger i valget mellom flere fortrinnsberettigete søkere.

Nemnda må etter dette vurdere hvorvidt A hadde fortrinnsrett til deler av de utlyste stillingene på 50 prosent som ble tildelt søkere uten fortrinnsrett. Det avgjørende blir etter dette om utøvelse av fortrinnsretten til deler av disse stillingene 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.

I henhold til 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, uavhengig av om det etter en konkret vurdering kan påvises en vesentlig ulempe for arbeidsgiver ved å bli sittende igjen med en lav stillingsbrøk.

Virkingen av den ulempen arbeidsgiver blir påført ved å bli sittende med en lav stillingsbrøk, må vurderes konkret, og det kan således åpnes for unntak fra hovedregelen. På bakgrunn av forarbeidene må utgangspunktet likevel være at deling av en utlyst stilling vil utgjøre en vesentlig ulempe for arbeidsgiver, og at det følgelig ikke stilles strenge krav til arbeidsgivers konkretisering av negative virkninger.

Arbeidsgiver har anført at en eventuell oppdeling av stillingene på 50 prosent ville medføre en vesentlig ulempe for virksomheten. Dette er begrunnet med at det erfaringsmessig er vanskelig å rekruttere og beholde kvalifiserte arbeidstakere til mindre stillingsbrøker. Videre anføres at de utlyste stillingene ikke lar seg kombinere med eksisterende stillinger, fordi man da får en helgearbeidsfrekvens som ikke er forenelig med turnusen. Det er også vist til at man i et prosjekt mot ufrivillig deltid har arbeidet med å fjerne stillinger på mindre enn 50 prosent.

Det er for øvrig ikke opplyst om det er gjennomført individuelle drøftinger med arbeidstaker etter § 14-3 (3). Nemnda bemerker at brudd på drøftingsplikten er uheldig, da partene på denne måten blant annet kunne avklart hvorvidt arbeidstaker i forbindelse med en stillingsutvidelse kunne bidra til å minske ulempene virksomheten påføres.

I dette tilfellet finner nemnda ikke grunnlag for å fravike den nevnte hovedregelen om at deltidsansatte som gjør fortrinnsrett gjeldende må akseptere hele den utlyste stillingen. Nemnda legger til grunn arbeidsgivers anførsel om at en eventuell oppdeling av stillingene vil få uheldige konsekvenser av driftsmessige årsaker, blant annet at det var nødvendig å ansette personer i 50 prosent stilling av hensyn til turnusplanen og for å sikre forsvarlig drift i enheten.

Nemndas har således kommet til at A ikke hadde fortrinnsrett til utvidet stilling i forbindelse med ansettelsene i stillingene på 50 prosent.

Konklusjon

Arbeidstaker gis ikke medhold.

Tvisteløsningsnemnda

Anne Marie Due
leder

Oslo, 07.05.2015

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).