

VEDTAK NR 19/11 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Tvisteløsningsnemnda avholdt møte onsdag 30. mars 2011.

Ved behandlingen av saken var tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

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

Særskilt oppnevnte medlemmer

Øyvind Gjelstad, KS
Tore Dahlstrøm, NSF

Saken gjelder

Tvist om fortrinnsrett for deltidsansatte etter arbeidsmiljøloven § 14-3

Arbeidstaker

A

Arbeidsgiver

B kommune

Det ble truffet slikt vedtak:

Saksforhold

A arbeider som hjelpepleier ved X bo- og servicesenter (X) i B kommune. Hun har vært ansatt ved X siden november 2006 i stilling på 62,21 prosent natt og 28,63 prosent dag/aften, dvs. til sammen 90,84 prosent.

Hun har fra slutten av 2009 til januar 2011 i tillegg delvis fylt et nattevaktvikariat på 50 prosent. Dette har innebåret to ekstra nattevakter i turnusen for A.

Nattevaksstillingen på 50 prosent ble 1. desember 2010 utlyst internt med søknadsfrist 1. januar 2011.

Flere ansatte søkte om utvidelse av sine stillinger, deriblant A. I midten av januar fikk hun tilbud om å dele stillingen med en annen ansatt, men hun måtte da arbeide annenhver helg for at turnusen skulle gå opp.

I brev av 30. januar 2011 til enhetsleder ved X ga A sammen med en kollega (som også har anlagt sak for nemnda, se sak 18/11) uttrykk for at de fortsatt ønsket en utvidelse av stillingene sine. De hevdet at den ønskete utvidelse burde være mulig å gjennomføre uten at hennes helgebelastning måtte økes til annenhver helg. De ønsket å utvide antallet nattevakter med tre (alternativt to) på ukedagene.

I brev av 10. februar 2011 fastholdt arbeidsgiver at A og kollegaen måtte arbeide annenhver helg hvis de ønsket en økning av sin stillingsandel. En annen ansatt som tidligere hadde dekket helgevaktene på natt i vikariatet ønsket ikke å fortsette med det. Arbeidsgiver viste til at man ville sitte igjen med en nattevaksstilling på 26 prosent hvis man skulle innfri A og kollegaens ønske, og at det vil være umulig å få ansatt noen fast i en slik stilling.

Saken ble brakt inn for tvisteløsningsnemnda ved brev av 2. februar 2011. Overfor nemnda har begge parter fått anledning til å komme med utfyllende opplysninger/kommentarer.

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra A:

- brev av 2. februar 2011
- brev av 23. februar 2011
- brev av 11. mars 2011
- brev av 21. mars 2011

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra B kommune:

- brev av 25. februar 2011
- brev av 10. mars 2011

Nemnda har i tillegg vært i telefonisk kontakt med C, enhetsleder ved X. Det er foreløpig ikke foretatt ansettelse i den utlyste stillingen. Arbeidsgiver har satt ansettelsesprosessen i bero i påvente av nemndas behandling av saken.

Arbeidstakers anførsler

A hevder at hun har fortrinnsrett til utvidet stilling, og gjør krav på at utvidelse kan skje ved en økning av antallet nattevakter på ukedager. Hun anfører i det vesentligste:

Det har ikke vært et problem tidligere at hun bare har arbeidet to ekstra netter og det er derfor underlig at hun nå skal bli møtt med at en stillingsutvidelse må innebære at hun arbeider annenhver helg. På X jobber de øvrige ansatte turnus med hver tredje helg, og det vil være en stor tilleggsbelastning dersom noen få må jobbe annenhver helg.

De vakante helgevaktstillingene har ikke vært utlyst på veldig lang tid og det er derfor vanskelig å vite om arbeidstakere med fagkompetanse vil være interessert i stillingene. I tillegg vil de ufaglærte som har gått i vakante helgevaktstillinger ha bygget opp sin kompetanse, slik at de må anses som kompetente. En stilling på 26 prosent med nattevakter i helgen kan i kombinasjon med annen deltidsstilling være attraktiv for flere fagkompetente ved X.

Arbeidsgivers anførsler

B kommune anfører i det vesentligste:

Utvidelse av As stilling i tråd med hennes ønsker vil medføre vesentlig ulempe for virksomheten.

Til vanlig deles ikke stillinger i B kommune som er mindre enn 50 prosent, men for å imøtekomme A fikk hun tilbud om å dele stillingen med en annen ansatt, dvs. at de fikk 25 prosent hver. A ønsker imidlertid ikke dette. Med den løsningen A gjør krav på, vil X sitte igjen med en stilling på 26 prosent som tilsvarer arbeid hver tredje helg i turnusen. Dette er til vesentlig ulempe for arbeidsgiver. Det er i dag ingen ansatte som ønsker en slik stillingsandel.

X kan ikke slå sammen en slik reststilling med vakter fra dag- eller kveldsturnus, da man ikke har slike ledige vakter.

X har allerede 19 helgestillinger som ikke er besatt av personer med fagkompetanse, og man er derfor avhengig av kvalifisert og stabilt personale med fagkompetanse som kjenner rutiner og arbeidsoppgavene, og spesielt om natten da bemanningen kun består av en sykepleier og en hjelpepleier på vakt.

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.

Søknaden om fortrinnsrett for A ble ikke imøtekommet fullt ut av B kommune i brev av 14. januar 2011. A brakte tvisten inn for tvisteløsningsnemnda i brev av 2. februar 2011. Saken anses dermed som rettidig innbrakt.

Nemnda presiserer innledningsvis at dens kompetanse er begrenset til å ta stilling til om arbeidstaker kan gjøre fortrinnsrett gjeldende etter arbeidsmiljøloven § 14-3. Nemnda kan ikke ta stilling til om hovedtariffavtalen gir rettigheter i tillegg til § 14-3.

Arbeidsmiljøloven § 14-3 første ledd fastsetter at deltidsansatte har fortrinnsrett til utvidet stilling fremfor at arbeidsgiver foretar ny ansettelse i virksomheten. Nemnda registrerer at arbeidsgiver har gitt arbeidstaker et tilbud om en andel av den utlyste stillingen, noe som vil gi arbeidstaker full stilling. Dette kan reise spørsmål ved om arbeidsgiver har etterlevd sine forpliktelser etter § 14-3, og om saken kan løses allerede på det grunnlag. Tilbudet er imidlertid ikke nærmere beskrevet i sakspapirene, og i lys av ulempevurderingen nedenfor finner nemnda ikke grunn til å ta stilling til betydningen av arbeidsgivers tilbud.

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. Kvalifikasjonskravet er oppfylt, og temaet for nemndas behandling er dermed begrenset til om utøvelse av fortrinnsrett vil innebære vesentlige ulemper 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 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 (se senest sak 11/11) 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. Nemndas praksis tilsier derfor at det ikke kan utelukkes at man kan gjøre fortrinnsretten gjeldende til en del av en utlyst stilling og at virkningene for arbeidsgiver må vurderes konkret, men at hovedregelen på bakgrunn av lovens forarbeider må være at en deling av en utlyst stilling vil utgjøre en ulempe for arbeidsgiver. I dette ligger at det i slike tilfeller må stilles relativt små krav til arbeidsgivers konkretisering av negative virkninger.

Slik saken er opplyst, har nemnda kommet til at en innfrielse av As krav vil innebære vesentlig ulempe for virksomheten. Den reststillingen arbeidsgiver vil bli sittende med, fremstår som ukurant. Nemnda viser til at virksomheten allerede sliter med å få ansatt arbeidstakere med tilstrekkelig fagkompetanse, og må legge til grunn at en nattevaktstilling i helg på 26 prosent vanskelig vil la seg besette med tilstrekkelig kompetanse.

Konklusjon

Arbeidstaker gis ikke medhold.

Tvisteløsningsnemnda

Henning Harborg
leder

Lillestrøm, 31.03.2011

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.