

VEDTAK NR 11/09 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Tvisteløsningsnemnda avholdt møte onsdag den 11. mars 2009 i Arbeidstilsynets lokaler i Lillestrøm.

Ved behandlingen av saken var tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

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

Særskilt oppnevnte medlemmer

Cathrine Cruse Hennig, NSF
Magne Revheim Mæland, KS

Saken gjelder

Tvist om fortrinnsrett for deltidsansatte etter arbeidsmiljøloven § 14-3

Arbeidstaker

A

Arbeidsgiver

B kommune

Det ble truffet slikt vedtak:

Saksforhold

A har vært fast ansatt som sykepleier i B kommune siden 1. januar 2000. Hun arbeider i stilling på 75 prosent med arbeid 2 av 6 helger.

A har i flere år signalisert overfor arbeidsgiver at hun ønsker full stilling. I perioden august 2006 til mai 2008 gjennomførte hun videreutdanning i habilitering og rehabilitering ved Universitetet i X. I denne perioden søkte hun derfor ikke aktivt utvidet stilling fordi umiddelbar tiltredelse var en forutsetning.

A fremsatte en generell søknad om å få full stilling ved brev av 11. september 2008. Etter at en fast stilling på 50 prosent ble utlyst internt og eksternt, søkte A 19. oktober 2008 på halvparten av denne stillingen. A ble ved brev av 3. november 2008 orientert om at en sykepleier som hadde vært fast ansatt i stilling på 50 prosent siden 2004 var tilsatt i den utlyste stillingen på 50 prosent. Hennes stillingsandel var således uendret, men hun hadde søkt stillingen fordi hun ønsket en bedre turnus med arbeid 2 av 6 helger fremfor 3 av 6 helger.

Stillingen som da ble ledig, ble tilbudt en nyutdannet vikar. Vikaren fikk tilbud om to alternativer: enten fast stilling på 50 prosent med arbeid 3 av 6 helger helg eller fast stilling på 43 prosent med arbeid 2 av 6 helger. Hun valgte stillingen på 43 prosent.

Saken ble brakt inn for tvisteløsningsnemnda ved brev av 28. november 2008.

Overfor nemnda har begge parter fått anledning til å komme med utfyllende merknader i saken. Det vises i denne forbindelse til arbeidsgivers brev av 10. desember 2008, e-post av 19. februar 2009 samt opplysninger gitt i telefonsamtale den 25. februar 2009 og den 11. mars 2009 og arbeidstakers brev av 15. desember 2008, e-post av 14. februar 2009 samt epost av 10. mars 2009.

Arbeidstakers anførsler

A anfører i det vesentligste at hun burde ha blitt tilbudt en av de to stillingene under henvisning til fortrinnsretten for deltidsansatte i arbeidsmiljølovens § 14-3.

Hun anfører at hun har bedre ansiennitet enn den interne søkeren som fikk den utlyste stillingen.

Den ledige stillingen etter den interne søkeren ble tildelt en vikar som ikke hadde fortrinnsrett etter § 14-3.

Arbeidsgivers anførsler

B kommune anfører i det vesentligste at det ville medført vesentlige ulemper for arbeidsgiver dersom A hadde fått utøve fortrinnsrett til halvparten av en av de aktuelle stillingene.

For å komme opp i 100 prosent stilling søkte A om stilling på 25 prosent i tillegg til de 75 prosentene hun allerede hadde. Ansettelsesutvalget vurderte A søknad før de andre søknadene, siden hun hadde lengst ansiennitet av søkerne og i tillegg ønsket å øke

stillingsbrøken. Ansettelsesutvalget kom til den konklusjon at det ikke var mulig å dele opp den utlyste stillingen uten at dette ville medføre store ulemper for driften. Ved å tilby 25 prosent til A, ville avdelingen sittede igjen med en stilling på 25 prosent med arbeid 2 av 6 helger. En slik stilling er nesten umulig å få besatt, og kommunen mener derfor det ikke er forsvarlig å ha denne stillingen i systemet. Kommunen ønsker dessuten å ha minst mulig små stillinger. Derfor ble stillingen tilbudt søkeren med nest lengst ansiennitet. Denne søkeren søkte den utlyste stillingen for å få annen turnus.

Etter dette ble det ledig en stilling i 50 prosent med arbeid 3 av 6 helger (annenhver helg). Den som fikk tilbud om ansettelse fikk valget mellom stilling på 43 prosent med arbeid 2 av 6 helger eller stilling på 50 prosent med arbeid 3 av 6 helger. Dette er i samsvar med at kommunen og NSF mener at det ikke er ønskelig å ha en turnus med arbeid 3 av 6 helger. Vedkommende takket ja til tilbudet om stillingen med arbeid 2 av 6 helger. Ansettelsesutvalget vurderte om det var mulig å tilby A deler av denne stillingen, men konkluderte med at det ikke var det av de samme grunner som gjaldt den faste utlyste stillingen.

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 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 avslått av B kommune i brev av 3. november 2008. A brakte tvisten inn for tvisteløsningsnemnda ved brev av 28. november 2008. Saken anses derved som rettidig innbrakt.

Arbeidsmiljøloven § 14-3 første ledd 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 andre ledd. Ved vurderingen av om arbeidstaker er kvalifisert kan det, i henhold til lovens forarbeider, tas hensyn til både faglige og personlige forutsetninger. Det er ingen uenighet mellom partene om at A er kvalifisert for stillingen. Nemnda finner at grunnvilkårene for å utøve fortrinnsrett er oppfylt.

Det avgjørende blir derfor om utøvelse av fortrinnsrett til deler av de ledige stillingene ville medført vesentlig ulempe for virksomheten.

Hva som ligger i begrepet vesentlig ulempe er ikke nærmere definert i loven. Det fremgår av lovens forarbeider, Ot prp nr. 49 (2004-2005) kapittel 17.2.6 side 227, 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 vil 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 stilling. Dersom den utlyste stillingen kun er en mindre stillingsbrøk som kan kombineres med den deltidsstilling arbeidstakeren allerede har, er utgangspunktet at vedkommende kan utøve fortrinnsrett.

Etter lovens forarbeider er hovedregelen altså at oppdeling av en utlyst stilling vil utgjøre en vesentlig ulempe for arbeidsgiver. Tvisteløsningsnemnda har bl.a. i sak nr. 20/06 likevel lagt til grunn at forarbeidene ikke kan forstås slik at fortrinnsretten skal være avskåret i alle

tilfeller hvor utøvelse av 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 arbeidsgiveren å bli sittende igjen med en lav stillingsbrøk. Nemnda er enig i at det ikke kan utelukkes at man kan gjøre fortrinnsrett gjeldende på en del av en utlyst stilling og at virkningen for arbeidsgiver alltid må vurderes konkret, men understreker at på bakgrunn av de klare uttalelsene i forarbeidene må hovedregelen være at en deling av en utlyst stilling vil utgjøre en vesentlig ulempe for arbeidsgiver. I dette ligger at det i slike tilfeller må stilles relativt små krav til arbeidsgivers konkretisering av negative virkninger. Nemnda har kommet til at det i denne saken innebærer en vesentlig ulempe for virksomheten at man deler opp stillingen, slik nemnda også gjorde bl.a. i de tidligere saker 20/06, 23/06, 13/07, 27/08, 26/08, 27/08 og 50/08. Ved å dele den ledige stillingen på 50 prosent vil kommunen bli sittende igjen med en foreløpig ubesatt reststilling på 25 prosent som innebærer arbeid 2 av 6 helger. Nemnda legger til grunn at det i dette tilfellet vil være problematisk for arbeidsgiver å få besatt reststillingen som har høy vaktbelastning, og at delingen av den utlyste stillingen derfor vil utgjøre en vesentlig ulempe for virksomheten. Det er også lagt vekt på at dette igjen vil kunne få konsekvenser for arbeidsbyrden til de øvrige arbeidstakerne.

A krav om fortrinnsrett etter arbeidsmiljøloven § 14-3 tas etter dette ikke til følge.

Konklusjon

Arbeidstaker gis ikke medhold.

Tvisteløsningsnemnda

Henning Harborg
leder

Lillestrøm, 11.03.09

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.

Fristen for å bringe tvisten inn for domstolene er åtte uker regnet fra det tidspunkt tvisteløsningsnemndas avgjørelse foreligger, jf arbeidsmiljøloven § 17-2 tredje ledd.