



Tvisteløsningsnemnda

Vedtaksdato
5. desember 2022

Vår referanse
2022/140

Saksbehandler
Nina N. Hermansen

VEDTAK NR 112/22 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Tvisteløsningsnemnda avholdt møte torsdag 1. desember 2022.

Ved behandlingen av saken var Tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Steffen G. Rogstad, nestleder
Andreas Dag Nilsen, KS
Ingrid Tordis Enoksen, Unio

Særskilt oppnevnte medlemmer

Arnfinn Grønvold, Lillestrøm kommune
Kerry Louise Macallan, Fagforbundet

Saken gjelder

Tvist om fortrinnsrett for deltidsansatte etter arbeidsmiljøloven § 14-3

Arbeidstaker

A

Arbeidsgiver

B kommune

Det ble truffet slikt vedtak:

Saksforhold

A er fast ansatt som helsefagarbeider i stilling på 60 prosent ved sektor helse og omsorg, X sykehjem, post 2 i B kommune.

A har hatt helsemessige utfordringer og har arbeidet redusert. Nå arbeider hun i 50 prosent stilling og jobber opp mot tre vakter på rad.

Det ble utlyst stilling som helsefagarbeider på 60 prosent ved X sykehjem post 2b og 2c i B kommune med søknadsfrist 17. august 2022.

A søkte på stillingen 18. juli 2022 og fremsatte krav om fortrinnsrett til del av den utlyste stillingen slik at hun til sammen vil få en stillingsprosent på 100. Arbeidsgiver avsto kravet i brev datert 16. september 2022. Arbeidstaker mottok avslaget i webrecruiter 19. august 2022.

Saken ble brakt inn for Tvisteløsningsnemnda ved brev datert 16. september 2022. Overfor nemnda har begge parter fått anledning til å komme med utfyllende merknader i saken.

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidstaker:

- brev datert 16. september 2022
- brev datert v 20. september 2022
- brev datert 19. oktober 2022

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev datert 27. september 2022
- brev datert 9. november 2022

Arbeidstakers anførsler

A anfører i det vesentligste at hun har fortrinnsrett til utvidet stilling. Hun er nå tilbake i 50 prosent stilling, hun har ikke tilrettelegging og hun er med i de tyngste løftene på lik linje med de øvrige ansatte. Hun jobber også opp mot tre vakter på rad. At arbeidsgiver blir sittende igjen med en helgestilling er ikke en vesentlig ulempe. Arbeidstaker ber om at sykdomsbildet legges til side ettersom hun ser for seg å være tilbake i sin stilling innen rimelig tid.

Arbeidsgivers anførsler

B kommune anfører i det vesentligste at en fortrinnsrett for A vil medføre en vesentlig ulempe for virksomheten. Arbeidsgiver mener A må tiltre hele sin opprinnelige stilling uten behov for varig tilrettelegging før en utvidelse av stilling kan være aktuelt. Arbeidsgiver mener det må anses som en vesentlig ulempe for arbeidsgiver at den ansatte får utvidet stilling uten at arbeidsgiver vet når eller om den ansatte har mulighet til å fylle denne stillingen. Dersom A hadde fått utvidet stilling nå, måtte arbeidsgiver ansatt en vikar på

ubestemt tid. Den utlyste stillingen inkluderer arbeid annenhver helg, og dersom A fikk 40 prosent av den utlyste stillingen vil det gjenstå 20 prosent, som ikke gir nok kompetanse for å arbeide helg. Arbeidsgiver mener også at det er utfordrende å rekruttere helsefagarbeidere og andre med medisinkompetanse til små deltidsstillinger.

Arbeidsgiver vil vurdere muligheten for As stilling så snart hun er i helsemessig stand til å fylle sin faste stilling på 60 prosent.

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 femte ledd. I henhold til forskrift om tvisteløsningsnemnd etter arbeidsmiljøloven § 2 settes nemnda med nestleder og to faste medlemmer. I tillegg er det oppnevnt to medlemmer med særlig kunnskap om bransjen som er berørt i saken (bransjemedlemmer).

Arbeidsmiljøloven § 14-3 første ledd fastsetter at deltidsansatte har fortrinnsrett til utvidet stilling fremfor at arbeidsgiver foretar ny ansettelse i virksomheten. Fortrinnsretten kan også gjelde en del av en stilling. 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 annet ledd. Ved vurderingen av om arbeidstaker er kvalifisert kan det, i henhold til lovens forarbeider, tas hensyn til både faglige og personlige forutsetninger.

Det går fram av lovens ordlyd at fortrinnsretten gjelder «utvidet stilling». I forarbeidene til arbeidsmiljøloven § 14-3 (Innst. O. nr. 100 for 2004-2005 pkt. 17.2) presiseres det at retten gjelder stillinger med om lag samme arbeidsoppgaver som den deltidsansatte allerede utfører i sin faste stilling. Dette er også lagt til grunn i nemndas praksis.

A er fast ansatt i en stilling på 60 prosent og har fremsatt krav om fortrinnsrett til en del av en utlyst stilling på 60 prosent slik at hun til sammen vil få en stillingsprosent på 100.

Det er ikke omstridt mellom partene at A er kvalifisert for den utlyste stillingen eller at denne stillingen har om lag samme arbeidsoppgaver som hennes eksisterende stilling.

Spørsmålet for nemnda blir om utøvelse av fortrinnsretten vil medføre vesentlig ulempe for virksomheten, jf. § 14-3 annet ledd.

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 delt seg i et flertall og i et mindretall.

Nemndas flertall, medlemmene Rogstad, Nilsen, Enoksen og Macallan har etter en konkret vurdering kommet til at det ikke er tilstrekkelig sannsynliggjort at det vil medføre en vesentlig ulempe for virksomheten dersom A får 40 prosent av den utlyste stillingen. Arbeidsgiver har anført at det er en vesentlig ulempe hvis de blir sittende igjen med en lavere stillingsprosent som det vil være vanskelig å rekruttere til. Flertallet kan ikke se at arbeidsgiver har underbygget dette i tilstrekkelig grad. Flertallet kan heller ikke se at arbeidsgiver har sannsynliggjort at A vil ha et fremtidig sykefravær som vil kunne medføre vesentlig ulempe for virksomheten.

Flertallet har kommet til at ulempene ved å gi A fortrinnsrett til 40 prosent av den utlyste stillingen på 60 prosent ikke anses som vesentlige i denne saken. Ved å utvide As stilling ville arbeidsgiver sitte igjen med en full stilling og en stilling på 20 prosent, fremfor to deltidsstillinger. En oppdeling av den utlyste stillingen vil dermed redusere antallet deltidsansatte hos arbeidsgiver, noe som er midt i kjerneområdet for denne bestemmelsen. Dette kan derfor ikke i seg selv anses som en vesentlig ulempe for arbeidsgiver.

Flertallet vil avslutningsvis bemerke at det er uheldig at arbeidsgiver ikke har gjennomført drøftinger i henhold til arbeidsmiljøloven § 14-3 tredje ledd.

Nemndas mindretall, medlem Grønvold har etter en konkret vurdering kommet til at det vil medføre en vesentlig ulempe for virksomheten at A får fortrinnsrett til en del av den utlyste stillingen. Mindretallet legger i sin vurdering vekt på at arbeidsgiver har behov for å dekke opp helger med kvalifisert personell, og at en deling av utlyst stilling vil medføre

vanskeligheter med å rekruttere kvalifisert personell til den resterende stillingsprosenten. A har etter dette ikke fortrinnsrett til del av utlyst stilling og kan ikke få medhold.

Konklusjon

Arbeidsgivers avslag var i strid med As fortrinnsrett etter arbeidsmiljøloven § 14-3.

Tvisteløsningsnemnda

Steffen G. Rogstad
Nestleder

5. desember 2022

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 annet 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 fra det tidspunktet parten ble underrettet om nemndas avgjørelse, jf. arbeidsmiljøloven § 17-2 tredje ledd.

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 fjerde ledd.