

VEDTAK I TVISTELØSNINGSNEMNDA

For behandling av sak nr 23/2006 i tvisteløsningsnemnda ble det torsdag 16.11.2006 avholdt møte ved Arbeidstilsynets regionkontor i Oslo, Stenersgaten 1 D.

Ved behandlingen av saken var tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Seniorrådgiver Hanne Inger Bjurstrøm (leder), advokat Elisabeth Lea Strøm (NHO) og advokat Karl Inge Rotmo (LO)

Særskilt oppnevnte medlemmer

Advokat Tore Dahlstrøm (Norsk Sykepleierforbund)
Advokat Tor Allstrin (KS)

Saken gjelder

Twist om fortrinnsrett for deltidsansatte etter arbeidsmiljøloven § 14-3

Arbeidstaker

A

Arbeidsgiver

B

Det ble truffet slikt

vedtak:

Saksforhold

A er ansatt som omsorgsarbeider/hjelpepleier i 50 prosent stilling ved X sykehjem, B.

I mai 2006 ble det foretatt intern utlysning av en 75 prosent stilling som hjelpepleier ved X sykehjem, avdeling D. A og en annen arbeidstaker, som begge arbeider i 50 prosent stilling ved avdeling D, søkte om å få tildelt 25 prosent av den utlyste stillingen slik at de fikk utvidet sine stillinger til 75 prosent. A hadde de to siste årene innehatt ca 17 prosent av den utlyste stillingen gjennom månedlige engasjementer.

A søknad ble avslått ved brev av 26.07.06 fra kommunen. Den andre søkeren ble tilsatt i den ledige stillingen mot at hun sa opp sin 50 prosent stilling og en overtallig arbeidstaker ved aldershjemmet i kommunen ble tilsatt i den ledige stillingen etter den andre søkeren, jf arbeidsmiljøloven § 14-2.

Avslagsbrevet av 26.07.06 inneholdt ingen begrunnelse, men A ektemann har i ettertid fått muntlig opplyst fra kommuneadministrasjonen at avslaget var begrunnet i at kommunen ikke

ville dele opp stillingene. Kommunen ønsket således ikke å ha to 75 prosent stillinger og en på 25 prosent, noe som ville vært resultatet dersom A og hennes arbeidskollega begge hadde fått utvidet sin stillingsprosent til 75.

A brakte saken inn for tvisteløsningsnemnda ved brev av 24.08.06. Overfor nemnda har begge parter fått anledning til å komme med utfyllende merknader til saken. Det vises i denne forbindelse til brev av 19.10.06 og 02.11.06 fra A. Videre vises det til brev av 25.10.06 og 06.11.06 fra B, samt e-post av 02.11.06 fra rådmannen med utdyping av noen punkter i kommunens brev av 25.10.06.

Arbeidstakers anførsler

A anfører i hovedsak:

A mener at hun har fortrinnsrett til den utlyste stillingen i medhold av regler i arbeidsmiljøloven og gjeldende tariffavtale.

A oppfatter B dit hen at kommunen mener at deltidsansatte bare kan få utvidet sin stilling dersom de går inn i andre utlyste stillinger, og at de da må ta hele den utlyste stillingen. Etter A syn er dette en feil tolkning av arbeidsmiljøloven. Hun viser til uttalelse fra kommunen om at den ledige stillingen ble utlyst for å åpne opp for at en deltidsansatt i 50 prosent stilling kunne gå over i en 75 prosent stilling. A forstår ikke hvorfor kommunen foretok utlysning av en 75 prosent stilling dersom det allerede var bestemt at en arbeidstaker skulle omplasseres i 50 prosent av den utlyste stillingen.

Fortrinnsretten er absolutt etter regler i tariffavtalen. Etter disse regler skal det først foretas en intern utlysning av stillingen. Deltidsansatte har fortrinnsrett inntil 100 prosent stilling og det skal ikke foretas en vurdering av vesentlige ulemper for arbeidsgiver.

Arbeidsgiver kommer med en rekke argumenter som skal underbygge at stillinger ikke bør deles opp fordi dette er til stor ulempe kommunen. A spør i denne forbindelse om to 75 prosent stillinger og en 25 prosent stilling er til mer ulempe for virksomheten enn en 75 prosent stilling og to 50 prosent stillinger.

Med hensyn til spørsmålet om ufaglært/faglært arbeidskraft, så hadde en arbeidstaker som holdt på å utdanne seg til hjelpepleier ca 50 prosent av den utlyste stillingen det siste året. I løpet av vel to år benyttet arbeidsgiver kun ufaglært arbeidskraft i ca 50 prosent av stillingen.

A viser også til ordlyden i arbeidsmiljøloven § 14-3, hvor det fremkommer at deltidsansatte har fortrinnsrett til utvidet stilling fremfor at arbeidsgiver foretar ny ansettelse i virksomheten. Det kan tenkes at kommunen vil hevde at den ikke har foretatt noen ny ansettelse, men at det kun er foretatt en administrativ omplassering av en ansatt i den utlyste stillingen. Det er ikke korrekt at det har skjedd en slik omplassering. B har gjennomført en omplasseringsprosess, men prosessen var sluttført på det tidspunkt den ledige stillingen ble utlyst.

Arbeidsgivers anførsler

B anfører i hovedsak:

Det vil medføre vesentlige ulemper for kommunen å splitte opp en 75 prosent stilling i tre deler à 25 prosent, eller å splitte opp en 50 prosent stilling i to deler à 25 prosent.

Turnusplanen er slik at ansatte i både 100 prosent, 75 prosent og 50 prosent stillinger har vakt hver tredje helg. Kommunen ønsker ikke å gå tilbake til at ansatte i fagstillinger skal ha en verre vaktbelastning i helgene, det vil si vakt annenhver helg.

Dersom den utlyste 75 prosent stillingen hadde blitt splittet opp i 25 prosent hver til A og den andre søkeren, ville konsekvensen vært at man satt igjen med en 25 prosent stilling som hovedsakelig ville vært en helgestilling. Dersom man sa ja til oppsplitting i dette tilfellet, kunne konsekvensene fort blitt at kommunen satt igjen med for mange småstillinger som gjorde at det ville bli problematisk å opprettholde en turnus med vakt hver tredje helg.

Dersom en 50 prosent stilling tar 25 prosent av en annen 50 prosent stilling eller to 50 prosent stillinger tar 2 x 25 prosent av en 75 prosent stilling, sitter arbeidsgiver i begge tilfeller igjen med 25 prosent stillinger med hovedsakelig helgevakter. Det er svært vanskelig/umulig å skaffe faglært arbeidskraft til slike stillinger. Det vil gi dårligere kvalitet på tjenestene til brukerne dersom ufaglært arbeidskraft skal benyttes. X sykehjem er en helseinstitusjon med strenge krav til kvalitet, og virksomheten må organiseres slik at det blir sikret best mulig kvalitet på tjenestene hele døgnet. Redusert kvalitet som følge av at virksomheten ikke har gjort det som er forsvarlig for å skaffe faglært arbeidskraft, er uforsvarlig handling av virksomheten.

Å splitte opp stillingshjemler slik at virksomheten sitter igjen med deltidsstillinger helg uten fagfolk, er i høyeste grad en vesentlig ulempe for virksomheten. Det er vanskelig å rekruttere i små helgestillinger på 25 prosent og kvaliteten blir ofte deretter. Dette kan neppe være lovens intensjon.

Nedbemanningsprosessen ved aldershjemmet i kommunen etter kommunestyrets vedtak i 2004 og 2005 var ikke sluttført da den aktuelle stillingen som hjelpepleier ved X sykehjem ble utlyst.

Tvisteløsningsnemndas merknader

Twist 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.

B avslo A søknad om utvidet stilling ved brev av 26.07.06. Saken ble brakt inn for tvisteløsningsnemnda ved brev av 24.08.06 fra A. Saken er dermed rettidig innbrakt for tvisteløsningsnemnda.

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

Kommunen har ikke reist tvil om A kvalifikasjoner for stillingen. Tvisten knytter seg til i første omgang til hvorvidt det foreligger en vesentlig ulempe for kommunen at A benytter fortrinnsretten til den utlyste stillingen.

Hva som ligger i begrepet *vesentlig ulempe* er ikke nærmere definert i loven. Av lovens forarbeider, Ot prp nr 49 (2004-2005) kapittel 17.2.6 side 227, fremgår 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 de nevnte forarbeider vil forbeholdet om vesentlig ulempe blant annet innebærer 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. Virksomhetens behov for å ansette flere personer for å unngå å komme i konflikt med lovens regler om ukentlig hvile mv, kan imidlertid i slike tilfeller tilsi at vilkårene for utøvelse av fortrinnsrett likevel ikke er tilstede.

Det kan også være relevant for arbeidsgiver å påberope seg at fortrinnsretten fører til vesentlig ulempe for de øvrige arbeidstakerne, f.eks. i form av at disse får et betydelig innslag av arbeid på ubekvemme tidspunkter (natt eller søndagsarbeid) fordi det er færre personer å dele arbeidet på.

Twisteløsningsnemnda skal bemerke:

Klager har valgt å søke bare en tredjedel av den utlyste stillingen, en stillingsbrøk på 25 prosent. Selv om klager ønsket å dele den utlyste stillingsandelen på 75 prosent med en annen kollega, vil en slik løsning innebære at kommunene sitter igjen med en reststilling på 25 prosent. Det følger av forarbeidene, jf. ovenfor, at fortrinnsretten i utgangspunktet ikke kan gjøres gjeldende i et slikt tilfelle. Den omstendighet at arbeidsgiver vil bli sittende igjen med en svært lav stillingsandel vil forutsetningsvis utgjøre en vesentlig ulempe i lovens forstand. I merknadene til § 14-3, på side 330 i Ot. prp. nr. 49 (2004-2005) heter det videre at: ”Bestemmelsen er likevel ikke til hinder for at partene kan avtale løsninger som innebærer at den ledige stillingen blir besatt delvis av en fortrinnsrettsberettiget deltidsansatt”. Etter tvisteløsningsnemndas syn understreker dette ytterligere utgangspunktet om at fortrinnsretten må påberopes i forhold til hele den utlyste stillingen.

Twisteløsningsnemnda forstår imidlertid loven slik at det også for dette tilfelle må foretas en konkret vurdering i forhold til hvorvidt en slik reststilling i det aktuelle tilfelle vil utgjøre en vesentlig ulempe for arbeidsgiver. Slik saken er opplyst, kan nemnda imidlertid ikke se at det i denne saken foreligger omstendigheter som tilsier et annet resultat.

Twisteløsningsnemnda vil bemerke at det i denne saken, hvor det er flere fortrinnsrettsberettigete som ønsker utvidet stilling, ikke har vært grunn til å foreta noen grundig vurdering av om det vil innebære en vesentlig ulempe for arbeidsgiver at klager gis medhold. Den utlyste stillingen på 75 prosent ble tildelt en annen deltidsansatt med fortrinnsrett. Slik saken er opplyst er det ikke grunnlag for tvisteløsningsnemnda til å sette denne beslutningen til side. Vedkommendes tidligere stilling på 50 prosent ble gitt til en annen ”overtallig” i kommunen. Ut fra sakens opplysninger er nemnda av den oppfatning at vedkommende har fortrinnsrett til denne stillingen/stillingsandelen, jf. arbeidsmiljølovens § 14-2 sammenholdt med § 15-7 (2). Det følger av arbeidsmiljølovens § 14-3 (3) at fortrinnsretten etter § 14-2 går foran fortrinnsretten for deltidsansatte.

Nemnda er etter dette kommet til at A krav om fortrinnsrett etter arbeidsmiljølovens § 14-3 ikke kan tas til følge.

Konklusjon

A gis ikke medhold i sitt krav om fortrinnsrett etter arbeidsmiljøloven § 14-3.

Vedtaket er enstemmig.

Tvisteløsningsnemnda

Hanne Inger Bjurstrøm
leder

Oslo, 20.12.2006

Til orientering:

Tvist om rett til redusert arbeidstid 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.