

VEDTAK NR 69/09 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

**Tvisteløsningsnemnda avholdt møte fredag den 25. september 2009 i
Departementsbygningen i Akersgata 59, Oslo**

Ved behandlingen av saken var tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

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

Særskilt oppnevnte medlemmer

Børge Benum, KS
Unni Rasmussen, Fagforbundet

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 helsefagarbeider i B kommune. Hun ble i april 2008 fast ansatt som assistent i hjemmetjenesten i stilling på 66 prosent. Hun arbeider som nattevakt i hjemmesykepleien.

Hjemmetjenesten med totalt 62,4 årsverk omfatter hjemmesykepleien og hjemmehjelpen. Helsefagarbeidere og hjelpepleiere utgjør ca 40 prosent av stillingene. Tjenesten har tre nattevaktstillinger som hver utgjør stilling på 66 prosent. I turnusen inngår arbeid hver tredje helg. Etter det opplyste foreligger det separat turnus for hjemmesykepleien og hjemmehjelpen, men avhengig av kompetanse kan ansatte ved behov jobbe begge steder.

B kommune lyste i april 2009 ut ledig fast stilling på 57 prosent som helsefagarbeider i hjemmetjenesten. Det er opplyst i saken at stillingen er i hjemmehjelpen og innebærer dagarbeid, uten at dette fremgår av utlysningsteksten.

A søkte på den utlyste stillingen ved søknad av 2. mai 2009. Hun opplyste i søknaden at hun ønsket stilling på 100 prosent i hjemmetjenesten i B kommune, og at hun søkte på den utlyste stillingen i sin helhet. Hvis hun skulle få den ledige stillingen med dagarbeid, ønsket hun å si opp 23 prosent av nattevaktstillingen, først og fremst helgevaktene. Det fremgikk av søknaden at hun som enslig forsørger har en utfordring med å skaffe barnevakt til hver nattevakt samt at hun av helsemessige årsaker ønsker å jobbe mindre nattevakter.

B kommune innstilte 26. mai 2009 A til den utlyste stillingen. Det fremgikk av innstillingen at det ikke var ønskelig å øke stillingen i samsvar med hennes søknad, og at hun måtte velge mellom stillingen hun hadde og stillingen med dagarbeid. Fagforbundet ba i e-post av 2. juni 2009 kommunen på nytt vurdere muligheten til å øke stillingen for A. B kommune fastholdt i e-post av 23. juni 2009 at A enten kunne fortsette i sin nattstilling eller begynne dagarbeid i stilling på 57 prosent. Det ble opplyst at kommunen hadde et ledig vikariat i stilling på 20 prosent til og med uke 41.

Fagforbundet avd. X B ba i e-post av 26. juni 2009 B kommune om å sjekke ut muligheten for at andre ansatte kunne være interessert i å bytte vakter. For øvrig henviste Fagforbundet til bestemmelsene i arbeidsmiljøloven §§ 14-3 og 10-2 2.ledd og til HTA kap. 2 og vedlegg 2 til HTA.

B kommune tilbød i brev av 26. juni 2009 A stillingen som helsefagarbeider i fast stilling på 57 prosent i hjemmetjenesten. A har takket ja til ovennevnte stilling, men krever samtidig å få beholde 43 prosent av stillingen hun innehar.

Saken ble brakt inn for tvisteløsningsnemnda ved brev av 3. juli 2009 fra Fagforbundets kompetansesenter i Y.

I e-post av 21. september 2009 har kommunen opplyst at en ansatt i hjemmehjelpen som arbeider dagtid er forespurt om hun kan arbeide nattevakter slik at A kan tilbys en større stilling med dagarbeid i hjemmehjelpen. Utsiktene til at A' stilling kan utvides til 80 prosent er gode.

Overfor nemnda har begge parter fått anledning til å komme med utfyllende merknader i saken.

Fra Fagforbundets kompetansesenter i Y foreligger følgende dokumenter:

- brev av 3. juli 2009
- brev av 29. juli 2009
- brev av 3. september 2009

Fra B kommune foreligger følgende dokumenter:

- brev av 11. august 2009
- e-post av 21. september 2009

Arbeidstakers anførsler

Fagforbundets kompetansesenter i Y anfører i det vesentligste:

Utøvelse av fortrinnsrett vil ikke innebære en vesentlig ulempe for virksomheten. Selv om det kan være en ulempe for arbeidsgiver å tilrettelegge vaktene slik at de to stillingene kan kombineres, er dette ikke tilstrekkelig for å avskjære fortrinnsrett for A. Andre ansatte er ikke forespurt om de kan tenke seg og bytte vakter slik at hviletidsbestemmelsene kan overholdes. Det bemerkes også at det innenfor lovens ramme er mulig å avtale ned til åtte timer døgnhvile.

Arbeidsgivers anførsler

B kommune anfører i det vesentligste:

Arbeidsgiver arbeider aktivt for å tilby ansatte større stillingsprosent. Det vises til at kommunen i løpet av de siste to årene har redusert antallet ansatte i hjemmetjenesten fra 167 til 120 ved å gi flere ansatte større stillingsprosent. De fleste ansatte i reduserte stillinger er nå sykepleierstudenter i helgestillinger og personlige assistenter.

A har i tillegg til tilbud om fast stilling på 57 prosent, blitt tilbudt et vikariat i stilling på 20 prosent ut oktober 2009 samt ekstravakter. Dersom det blir ledig vikariat utover dette, vil hun også få tilbud om det. Hvis hun velger å fortsette i sin nattevaktstilling, vil det være mulig å øke stillingen dersom hun ønsker det.

B kommune mener det ikke er mulig å tilby A full stilling med 57 prosent dagarbeid og 43 prosent nattarbeid. Nattevaktstilling på 43 prosent har ca 12 nattevakter i løpet av en seksukersperiode. Hjemmetjenesten må forholde seg til bestemmelsene om hviletid mellom vaktene og viser til at tjenesten har en avtale om 9 timer hviletid før og etter nattevakter. Arbeidstaker og ledelse av hjemmetjenesten er enige om at det i løpet av en turnusperiode på seks uker bare lar seg gjøre å kombinere en til to nattevakter med stillingen

på dagtid. Sett hen til at det foreligger avtale som begrenser helgevakter til hver tredje helg og at A heller ikke ønsker flere faste helgevakter, er en kombinasjon av de to stillingene ikke gjennomførbar.

Hvis arbeidstaker får gjennomslag for å kombinere de to stillingene, ville det bli ledig en nattevaktstilling på 23 prosent som utgjør ca. en nattevakt per uke. Erfaringsmessig er det svært vanskelig å få besatt små nattevaktstillinger og det vurderes også faglig sett som utilfredsstillende. Ingen av de andre deltidsansatte ønsker å øke sin stillingsbrøk med mer nattarbeid.

B kommune mener at ovennevnte forhold medfører at fortrinnsrett for A i samsvar med hennes søknad er til vesentlig ulempe for virksomheten.

Twisteløsningsnemndas 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.

As søknad om utvidet stilling må anses avslått av B kommune ved e-post av 23. juni 2009. Fagforbundet Z brakte tvisten inn for tvisteløsningsnemnda ved brev av 3. juli 2009. Saken anses dermed som rettidig innbrakt.

Arbeidsmiljøloven § 14-3 første ledd fastsetter at deltidsansatte har fortrinnsrett til utvidet stilling fremfor at arbeidsgiver foretar ny ansettelse i virksomheten. Nemnda registrerer at A har fått tilbud om den utlyste stillingen, men at hun samtidig er gitt et valg om enten å beholde sin stilling på 66 prosent som nattevakt eller å ta imot tilbud om 57 prosent stilling på dagtid. Kommunen vil imidlertid ikke akseptere at A tar den nye stillingen på 57 prosent og samtidig beholder en slik andel av sin tidligere stilling at hun til sammen får fast stilling på 100 prosent. Selv om A har fått tilbud om stillingen hun har søkt, legger nemnda legger til grunn at hun gjennom arbeidsgivers manglende aksept av at den kan kombineres med eksisterende stilling har fått avslag på søknaden om *utvidet* stilling, og at det således foreligger en aktuell tvist som den må ta stilling til. Det vises til nemndas vedtak i sak 37/09.

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. Det er ingen uenighet mellom partene om at A er kvalifisert til stillingen, og det avgjørende i denne saken er derfor om utøvelse av fortrinnsrett vil medføre vesentlige ulemper for virksomheten eller ikke.

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 dette bero på en konkret vurdering av om utøvelse av fortrinnsretten i det enkelte tilfelle vil gi urimelige utslag for virksomheten. Etter 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.

Utøvelse av fortrinnsrett i denne saken vil medføre at arbeidsgiver blir sittende med en mindre reststilling. Tvisteløsningsnemnda har i tidligere saker (eksempelvis 20/06 og 26/09) lagt til grunn at forarbeidene ikke kan forstås slik at fortrinnsrett uten videre skal være avskåret i alle tilfeller hvor utøvelsen 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 arbeidsgiver å bli sittende igjen med en lav stillingsbrøk. Nemnda er enig i at det ikke kan utelukkes at man kan gjøre fortrinnsretten gjeldende på del av en utlyst stilling og at virkningene for arbeidsgiver må vurderes konkret, men understreker at på bakgrunn av lovens forarbeider må hovedregelen 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.

Nemndas flertall, medlemmene Harborg, Strøm og Benum, har kommet til at utøvelse av fortrinnsrett i denne saken vil innebære en vesentlig ulempe for virksomheten. For det første vil virksomheten bli sittende med en liten reststilling som det er grunn til å tro at vil være vanskelig å fylle, hvilket i seg selv kan være tilstrekkelig til å begrunne vesentlig ulempe. For det annet, og selv om reststillingen skulle la seg fylle uten betydelige vanskeligheter, må det legges til grunn at den resterende del av nattarbeidsstillingen (på 43 prosent) ikke lar seg kombinere med den nye stillingen på 57 prosent i gjeldende turnusordning for hjemmesykepleien og hjemmehjelpen. Flertallet legger også en viss vekt på at arbeidsgiver stiller seg positiv til å utvide stillingen som arbeidstaker innehar og til å utvide stillingen i hjemmehjelpen til 80 prosent.

Flertallet finner etter dette at utøvelse av fortrinnsrett vil medføre en vesentlig ulempe for virksomheten.

Nemndas mindretall, medlemmene Skaug og Rasmussen, finner at selv om det stilles relativt små krav til arbeidsgivers konkretisering av negative virkninger der arbeidsgiver blir sittende med en liten reststilling, er det i denne saken ikke tilstrekkelig dokumentert at utøvelse av fortrinnsretten for A vil medføre vesentlig ulempe for arbeidsgiver. Det må påhvile arbeidsgiver å godtgjøre at lovens krav til vesentlig ulempe foreligger og at det i større grad enn her er gjort konkrete forsøk på å overkomme vanskelighetene. Det synes som om arbeidsgiver ikke i tilstrekkelig grad har vurdert muligheten for å foreta tilpasninger i turnusen og/eller å fordele reststillingen på andre deltidsansatte som har søkt om utvidet stilling.

Mindretallet har således kommet til at A kan gjøre fortrinnsrett gjeldende fortrinnsrett til stilling på 43 prosent.

Konklusjon

Arbeidstaker gis ikke medhold.

Tvisteløsningsnemnda

Henning Harborg
leder

Lillestrøm, 30.09.2009

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.