



Vedtaksdato
19. januar 2023

Vår referanse
2022/155

Saksbehandler
Katarina Torrisen Revang

VEDTAK NR 2/23 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Tvisteløsningsnemnda avholdt møte torsdag 19. januar 2023.

Ved behandlingen av saken var Tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Anne Marie Due, leder
Jan Eikeland, Akademikerne
Silje Stadheim Almestrand, NHO

Særskilt oppnevnte medlemmer

Arnfinn Grønvold, Lillestrøm kommune
Arne Løseth, 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 i B kommune, ved X bo- og behandlingssenter.

B kommune lyste høsten 2022 ut en 50 prosent fast stilling som helsefagarbeider ved X. Ifølge utlysningsteksten har X fem somatiske avdelinger og en skjermet avdeling.

A fremsatte krav om fortrinnsrett til stillingen ved brev av 20. september 2022.

Arbeidsgiver avsto kravet i brev av 23. september 2022. Avslaget ble begrunnet med at fortrinnsrett ville medføre vesentlige ulemper for arbeidsgiver. Stillingen er ikke besatt og rekrutteringen er satt i bero i påvente av nemndas avgjørelse i saken.

Saken ble brakt inn for Tvisteløsningsnemnda ved brev av 17. oktober 2022. Overfor nemnda har begge parter fått anledning til å komme med utfyllende merknader i saken.

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidstaker:

- brev av 17. oktober 2022
- brev av 20. oktober 2022
- brev av 8. november 2022
- brev av 16. november 2022

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev av 31. oktober 2022

Arbeidstakers anførsler

A gjør gjeldende at hun har fortrinnsrett til stillingen, og anfører i det vesentligste at fortrinnsrett ikke vil medføre vesentlig ulempe for virksomheten. Det vises til at A jobber hver tredje helg på den avdelingen hun er på nå, og at hun er villig til å jobbe annen hver helg slik at hun kan ta den helgen som er i den stillingen som er blitt utlyst på den andre avdelingen. Arbeidstaker mener det da vil bli enklere for arbeidsgiver å utvide stillingene til andre deltidsansatte.

Arbeidsgivers anførsler

Arbeidsgiver gjør gjeldende at A ikke har fortrinnsrett til stillingen, og anfører i det vesentligste at fortrinnsrett vil innebære vesentlig ulempe for virksomheten.

Arbeidsgiver viser til at A er ansatt i en annen somatisk avdeling enn den omsøkte stillingen, og at tildeling av fortrinnsrett vil medføre en 10 prosent reststilling, som vil være svært utfordrende å få rekruttert fagarbeidere inn i. Arbeidsgiver opplyser om at avdelingen som utlysningen er tilknyttet, allerede har sju vakante/ubesatte helgestillinger. Det er gjort forsøk på å rekruttere til helgestillinger siden august 2022, men det har vært utfordrende å få tak i

faglærte til lave stillingsprosenter i helgene. Videre opplyser arbeidsgiver om at X er en av institusjonene i C med lavest andel faglærte, og det forsøkes på alle mulige måter å øke denne slik at tjenestene er forsvarlige og av god kvalitet. Avdelingen har også svært lav fagdekning i ukedagene. Arbeidsgiver mener at dersom kravet om fortrinnsrett imøtekommes, vil de med høy sannsynlighet få nok en ubesatt helgestilling som må dekkes opp av midlertidige og ufaglærte ansatte.

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 leder og to faste medlemmer. I tillegg er det oppnevnt to medlemmer med særlig kunnskap om bransjen som er berørt i saken (bransjemedlemmer).

Saken er behandlet etter reglene som gjaldt på avslagstidspunktet. 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 andre ledd.

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.»

Virkningen 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 etter en konkret vurdering kommet til at det ikke er tilstrekkelig sannsynliggjort at det vil medføre en vesentlig ulempe for virksomheten dersom A får fortrinnsrett til 40 prosent av den utlyste stillingen. Arbeidsgiver har anført at det er en vesentlig ulempe hvis de blir sittende igjen med en 10 prosent stilling som det vil være vanskelig å rekruttere til. Arbeidsgiver har særlig vist til utfordringer med å få tak i kvalifisert personale i helgene. Til dette viser nemnda til at arbeidstaker har opplyst at hun jobber hver tredje helg på den avdelingen hun er på nå, og at hun er villig til å jobbe annen hver helg slik at hun kan ta den helgen som ligger til den omsøkte stillingen.

Twisteløsningsnemnda har etter dette kommet til at ulempene ved å gi A fortrinnsrett til 40 prosent av den utlyste stillingen ikke anses som vesentlige i denne saken. Ved å utvide As stilling vil arbeidsgiver sitte igjen med en full stilling og en stilling på 10 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.

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

Konklusjon

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

Twisteløsningsnemnda

Anne Marie Due
Leder

19. januar 2023

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.