

VEDTAK NR 43/09 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Tvisteløsningsnemnda avholdt møte tirsdag den 30. juni 2009 i Arbeidstilsynets lokaler i Lillestrøm.

Ved behandlingen av saken var tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Henning Harborg, leder
Karen Sophie Steen, LO
Elisabeth Lea Strøm, NHO

Særskilt oppnevnte medlemmer

Tore Dahlstrøm, NSF
Karin Ask-Henriksen, Sykehuset Buskerud HF

Saken gjelder

Tvist om fortrinnsrett for deltidsansatte etter arbeidsmiljøloven § 14-3

Arbeidstaker

A

Arbeidsgiver

B

Det ble truffet slikt vedtak:

Saksforhold

A er ansatt som sykepleier i stilling på 75 prosent hos B og tjenestegjør ved akuttmottaket.

A søkte om utvidelse til full stilling ved utlysning av to stillinger på 75 prosent som spesialsykepleier/sykepleier ved Mottakelsen fra 1. juni 2009 - ID nr. 56/09. Søknaden ble avslått i e-post av 8. april 2009.

Det ble tilsatt to interne søkere fra Mottakelsen. Den ene fikk utvidet stillingsprosent fra 50 til 75, mens den andre hadde midlertidig tilsetning i 75 prosent og fikk fast tilsetning på 75 prosent.

Akuttmottaket består av mottakelse (der A arbeider), interkommunal legevaktsentral og en observasjonspost. Enheten har 33 årsverk og har samme bemanning både på ukedager som i helger og høytider.

Saken ble brakt inn for tvisteløsningsnemnda ved udatert brev mottatt 4. mai 2009.

Overfor nemnda har begge parter fått anledning til å komme med utfyllende merknader i saken. Det vises i denne forbindelse til arbeidsgivers brev av 27. mai 2009 og e-post av 15. juni 2009, samt arbeidstakers brev av 18. mai 2009 og 12. juni 2009.

Arbeidstakers anførsler

A kan ikke se at det medfører ulemper for arbeidsgiver å dele opp stillingene for å øke stillingsandeler, og anfører i det vesentligste:

A anfører at hun er bedre kvalifisert enn begge sykepleierne som fikk stillingene i tillegg til at hun har lengre ansiennitet. Den ene var kun vikar.

A hevder at det ved tidligere ansettelse har blitt fordelt deltidsstillinger på andre deltidsansatte for å øke opp til større stillingsandeler. For eksempel har 3 x 50 prosent stillinger fått 25 prosent ekstra hver av en opprinnelig 75 prosent. Hun kan derfor ikke se at det kan være noen ulempe for avdelingen av dette blir gjort i dette tilfellet, slik at hun kunne fått full stilling i stedet for 75 prosent.

Ansatte i mottakelsen er ikke blitt spurt om de kan tenke seg å arbeide flere helger for at kolleger skal kunne øke stillingsprosent. Avdelingen har for øvrig masse ledige vakter, og baserer den daglige aktiviteten på innleie av vikarer.

Man vil aldri kunne bemanne en sykehusavdeling til å kunne ta toppene i aktiviteten, men hvor går grensen for hva som bør kunne takles av svingninger med eksisterende grunnbemanning? Det anføres at det skal lite aktivitetsøkning til før arbeidsgiver påberoper seg retten til å pålegge overtid/merarbeid. Det brukes svært mye på overtid og merarbeid i B generelt, og mye av dette er vakter på ubekvem arbeidstid, altså på kveld, natt og helg. Den totale vaktbelastningen for den enkelte blir således høyere enn det man kan lese ut fra turnusene. Dersom man ikke er villig til å tilføre midler for å løse deltidsproblematikken og argumenterer mot høyere grunnbemanning må det tolkes dit hen at arbeidsgiver baserer seg på

at noen jobber ufrivillig deltid. Kravet til økonomisk balanse vil alltid være til stede og dårlig sykehusøkonomi vil da alltid kunne brukes som et argument mot å kunne gjøre noe med ufrivillig deltid.

Arbeidsgivers anførsler

B opplyser at det gjøres mye for å få ned ufrivillig deltid ved sykehuset, men at det ville medføre vesentlige ulemper å dele de ledige stillingene mellom flere deltidsansatte. Det anføres i det vesentligste:

Det var viktig for enheten å gi tilbud om fast tilsetting til søkeren med midlertidig ansettelse for å beholde kompetanse.

Dersom stillingene skulle deles for å imøtekomme krav om utvidelse til 100 prosent for de fire arbeidstakerne som har reist sak for nemnda, ville det medføre en vesentlig ulempe for arbeidsgiver. En deling ville ha som konsekvens at helgebelastning på de andre i avdelingen ble enda mer belastende. Ansatte ved mottakelsen er blitt spurt om de kunne tenke seg å jobbe flere helger for at kollegaer skal kunne øke sin stillingsprosent, men dette har det ikke vært interesse for.

NSF lokalt har i en egen avtale begrenset antall helger til 17 på ett år, med mulighet for å arbeide inntil 21 helger etter spesiell avtale med Foretakstillitsvalgt for NSF. For å opprettholde en forsvarlig bemanning på helger, vil det i praksis bli nødvendig å opprette nye stillinger. Dette understreker ulempene ved å dele stillingen.

Det anføres at Mottakelsen ikke har delt opp stillinger slik som anført av A. Det mottakelsen har gjort er å konvertere variabel lønn til fast lønn og gi tilbud til åtte sykepleiere som alle fikk tilbud om å utvide stillingsprosent fra 50 til 75 prosent. Syv sykepleiere takket ja til tilbudet.

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. Søknaden om fortrinnsrett for A ble avslått av B ved e-post av 8. april 2009. A brakte tvisten inn for tvisteløsningsnemnda i udatert brev mottatt 4. mai 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. 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 ikke anført at A ikke er kvalifisert til stillingen. Nemnda legger derfor til grunn at hun er kvalifisert for begge de utlyste stillingene.

Det er opplyst at den ene arbeidstakeren som ble tilsatt i den omtvistede stillingen også var deltidsansatt. § 14-3 gir ikke noen veiledning om hvordan man skal prioritere mellom flere fortrinnsberettigede, og det må i utgangspunktet tilfalle arbeidsgiver å foreta den

prioriteringen. Slik saken er opplyst foreligger det etter nemndas syn ikke grunnlag for å overprøve arbeidsgivers vurderinger i valget mellom disse to fortrinnsberettigede.

Det er videre opplyst at arbeidstakeren som ble tilsatt i den andre stillingen var midlertidig ansatt. Dette må derfor regnes som en "ny ansettelse" i forhold til ordlyden i § 14-3. Fortrinnsretten er imidlertid betinget av at utøvelse av retten ikke vil innebære vesentlige ulemper for virksomheten.

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 det at dette vil dette 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 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.

Twisteløsningsnemnda har i tidligere saker (eksempelvis 20/06 og 26/09) likevel lagt til grunn at forarbeidene ikke kan forstås slik at fortrinnsrett 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.

Til tross for at det kun kan stilles relativt små krav til arbeidsgivers konkretisering av negative virkninger der arbeidsgiver blir sittende med en liten reststilling, finner nemnda at det i denne saken ikke er tilstrekkelig dokumentert at utøvelse av fortrinnsrett ville medføre vesentlig ulempe for arbeidsgiver. Å la A utøve fortrinnsrett alene ville medført at arbeidsgiver ble sittende med en reststilling på 50 prosent, og som arbeidsgiver har påpekt kan det være en rekke ulemper forbundet med det. Av sentral betydning er imidlertid at A ikke var alene om å gjøre fortrinnsrett gjeldende. Flere av hennes kolleger (se sak 11/09, 12/09 og 13/09) gjorde også fortrinnsrett gjeldende, og arbeidsgiver kunne derfor delt stillingen på flere arbeidstakere, slik at man ikke ville blitt sittende med en reststilling.

Nemnda bemerker at formålet med arbeidsmiljøloven § 14-3 er å sørge for at arbeidstakere som ønsker å arbeide full tid, i størst mulig utstrekning skal gis mulighet for dette. Som det følger av forarbeidene kan ufrivillig deltid for den enkelte arbeidstaker medføre negative konsekvenser både økonomisk og sosialt. Det følger av forarbeidene at dersom den utlyste stillingen kan kombineres med den stillingsandel den fortrinnsberettigede har, må utgangspunktet være at denne kan utøve fortrinnsrett. Nemnda er av den oppfatning at tilsvarende betraktninger må tilsi at flere søkere sammen må kunne gjøre krav på hver sin andel av en utlyst deltidsstilling når de til sammen overtar hele og den enkeltes andel kan kombineres med dennes stilling. Nemnda har i flere tidligere saker lagt det samme til grunn. Det vises til sak 47/07, 27/07, 28/07, 26/09.

Det avgjørende spørsmål for nemnda blir derfor om det ville medført vesentlig ulempe at den ledige stillingen ble fordelt på flere fortrinnsberettigede. Arbeidsgiver anfører at en slik deling ville medført færre hoder ved avdelingen og derved større helgebelastning for kollegene eller å opprette nye stillinger for å bemanne helgene. Nemnda er enig i at det vil være en ulempe for arbeidsgiver, men spørsmålet er om den er vesentlig i lovens forstand.

Arbeidsgiver har ikke anført noen annen ulempe enn at utvidelse vil medføre vanskeligheter for helgebemanning, og har ikke vist at dette skyldes en spesiell situasjon eller særskilte problemer ved denne avdelingen. Tvert imot tyder opplysningene i saken på at bemanningsproblemene er av varig karakter, og at arbeidsgiver har basert seg på en bemanning der en stor andel av de ansatte må arbeide deltid for at arbeidsgiver skal kunne få adekvat helgebemanning. Etter nemndas oppfatning er dette som varig løsning uheldig, og i strid med de ønsker lovgiver gir uttrykk for bl.a. gjennom § 14-3. I lovens forarbeider vises riktignok til at det kan *”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”*, og det anerkjennes at et økt antall heltidsstillinger i et slikt tilfelle kan utgjøre en vesentlig ulempe. Nemnda er enig i det som et generelt synspunkt, men finner at det ikke kan strekkes så langt at arbeidsgiver fritt kan organisere virksomheten slik at en stor andel av de ansatte må arbeide deltid for å få tilstrekkelig helgebemanning.

Å redusere antall deltidsstillinger ved avdelinger som denne vil alltid medføre problemer med helgebemanningen. Dette er altså en generell ulempe som vil kunne påberopes av arbeidsgiver i alle saker der fortrinnsrett til utvidet stilling gjøres gjeldende hos en arbeidsgiver med en turnusordning, og som – om den skulle utgjøre en vesentlig ulempe – ville bryte med Stortingets klare forutsetning om at unntakene fra fortrinnsretten skal praktiseres med forsiktighet. Det vises til Innst. O. nr. 100 (2004-2005) hvor komitéflertallet uttaler følgende:

”Det vises til at departementet i svar til komitéen presiserer at arbeidsgiver bare unntaksvis skal ha rett til å vise til at fortrinnsretten er til vesentlig ulempe.”

Slik saken er opplyst, finner nemnda etter en konkret helhetsvurdering at det ikke er tilstrekkelig grunnlag for å konkludere med at utøvelse av fortrinnsrett vil medføre vesentlig ulempe for virksomheten. Det legges i denne vurderingen også vekt på at arbeidsgiver i svært beskjeden grad har gjort konkrete forsøk på å overkomme vanskelighetene. Uten å utdype det nærmere viser arbeidsgiver til at de øvrige ansatte har blitt spurt om de kunne tenke seg å jobbe flere helger, men at det ikke var interesse for det. Etter nemndas oppfatning må det i dette tilfellet kunne kreves mer av arbeidsgiver for å tilrettelegge for ansattes utøvelse av fortrinnsrett.

Nemnda finner etter dette at A kan gjøre gjeldende fortrinnsrett etter § 14-3 til stilling på 25 prosent. Det er en forutsetning for nemndas vedtak at andre fortrinnsberettigede (se vedtak 42/09, 44/09 og 45/09) overtar resten av den ledige stillingen slik at arbeidsgiver ikke blir sittende med en liten reststilling, og nemnda presiserer at det ikke tar stilling til forholdet mellom A og de andre fortrinnsberettigede til stillingene.

Konklusjon

Arbeidstaker gis medhold.

Tvisteløsningsnemnda

Henning Harborg
leder

Lillestrøm, 01.07.2009

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.