

VEDTAK NR 51/09 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

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

Saken gjelder

Tvist om fortrinnsrett for deltidsansatte etter arbeidsmiljøloven § 14-3

Arbeidstaker

A

Arbeidsgiver

B

Det ble truffet slikt vedtak:

Saksforhold

A har vært ansatt som sykepleier i akuttmottaket ved B i stilling på 75 prosent siden 2002.

Ved Akuttmottaket, B, er det 25,5 sykepleierstillinger som er besatt av 30 ansatte. Avdelingssykepleier arbeider dagtid, mens de øvrige 29 ansatte sykepleierne arbeider i turnus. Stillingene er fordelt slik at 11 ansatte arbeider i stilling på 100 prosent og 19 ansatte i stilling på 75 prosent. For øvrig har en ansatt i fast 75 prosent stilling midlertidig utvidet stilling til 100 prosent frem til høsten 2009.

Den 12. februar 2009 ble det utlyst internt en ledig stilling som sykepleier i deltidsstilling ved Akuttmottaket, B. B har opplyst i telefonsamtale at utlystningen gjaldt en stilling på 75 prosent.

A søkte om å få utvidet sin stilling til 100 prosent og viste til fortrinnsretten etter arbeidsmiljøloven § 14-3 i søknad av 21. februar 2009. Det ble fremsatt krav om fortrinnsrett for til sammen fire ansatte ved akuttmottaket.

B avslo søknaden den 27. mars 2009.

B har opplyst at stillingen på 75 prosent er besatt av en søker som har arbeidet som vikar siden 17. september 2007 og at hun var først på listen til å få fast stilling.

Saken ble brakt inn for tvisteløsningsnemnda ved brev av 3. april 2009.

Overfor nemnda har begge parter fått anledning til å komme med utfyllende merknader i saken. Det vises i denne forbindelse til brev fra arbeidsgiver av 29. april 2009 samt e-post fra NSF på vegne av arbeidstaker av 26. mai 2009.

Arbeidstakers anførsler

NSF, på vegne av arbeidstaker, anfører i det vesentligste:

Ved hver utlysning av fast stilling har flere av dem som jobber ufrivillig deltid søkt om utvidelse av sine stillinger. I akuttmottaket er det, med unntak av tilsetting av nestleder, ikke tilsatt sykepleiere i stilling på 100 prosent siden 2000. Situasjonen på akuttmottaket er at de deltidsansatte brukes mye som ekstravakter, ofte på kort varsel. Omstillingen i foretaket har ført til redusert grunnbemanning og bemanningen er ikke tilstrekkelig til å dekke sykefravær, permisjoner med videre. Det er ansatte på akuttmottaket som i hovedsak dekker disse vaktene. Fritid og avlønning er svært lite forutsigbar og er en vanskelig situasjon for familiefolk med forpliktelser.

Arbeidsgiver har i sitt svarbrev kun sett på akuttmottaket som mulig arbeidsplass. Det er i hovedsak på akuttmottak arbeidstaker ønsker å arbeide. Behovet for fast stilling på 100 prosent gjør imidlertid at arbeidstaker er villig til å inngå avtale om arbeid som innebærer arbeid ved andre avdelinger med stilling på inntil 25 prosent. Forutsetningen er at arbeidet blir regulert i en turnusavtale som ikke innebærer mer helgearbeid. I omstillingen som foregår på

Ber det opprettet en stillingsbank. Arbeidstaker bør plasseres der med stilling på 25 prosent inntil det oppnås fast stilling på 100 prosent.

Arbeidsgivers anførsler

B anfører i det vesentligste:

Rekrutteringen til faste stillinger på 100 prosent i akuttmottaket gjøres alltid internt blant allerede faste ansatte i deltidsstillinger. På den måten legger vi til rette for at deltidsansatte i akuttmottaket får mulighet til å få fast hel stilling i enheten. Det vises til at tre ansatte fikk fast stilling på 100 prosent i henholdsvis 2001 og 2002 og at en ansatt har fått fast stilling på 100 prosent i 2009.

Bakgrunnen for at det benyttes deltidsstillinger er hensynet til å få fylt turnusen. Dagens bemanning innebærer at de ansatte må arbeide såkalte "hinkehelger", da det ikke er tilstrekkelige antall ansatte for å dekke bemanningsbehovet for å kunne arbeide hver tredje helg. Alle ansatte er svært kritiske til dagens vaktbelastning, og ønsker/krever kun å arbeide hver tredje helg. B er i en vanskelig økonomisk situasjon og det er ikke aktuelt å utvide antall stillinger i akuttmottaket. Budsjett for 2009 er fastsatt med samme stillingshjemler som forutgående år. Videre vil utvidelse av stillingshjemler medføre for stort timeverk på dagtid ut fra de krav og arbeidsoppgaver som er tillagt akuttmottaket. Sett hen til de ansattes krav om å arbeide færre ugunstige vakter, er det arbeidsgivers totalvurdering at kravet om utvidet stilling ikke kan imøtekommes.

Tvistløsningsnemndas merknader

Tvist 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 avsto krav fra arbeidstaker, jf forskrift om tvisteløsningsnemnd etter arbeidsmiljøloven § 3 tredje ledd.

Søknaden om fortrinnsrett for arbeidstaker ble avslått av B i brev av 27. mars 2009. NSF, på vegne av arbeidstaker, brakte tvisten inn for tvisteløsningsnemnda i brev av 3. april 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 ingen uenighet mellom partene om at det er foretatt en ny ansettelse i lovens forstand eller at arbeidstaker er kvalifisert for stillingen.

Det avgjørende for nemnda blir derfor om utvidelse av fortrinnsrett til den ledige stillingen vil innebære en vesentlig ulempe.

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 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.

Etter lovens forarbeider er hovedregelen altså at en oppdeling av en utlyst stilling vil utgjøre en vesentlig ulempe for arbeidsgiver. Tvisteløsningsnemnda har blant annet i sak nr 20/06 likevel lagt til grunn at forarbeidene ikke kan forstås lik at fortrinnsretten 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 en del av en utlyst stilling og at virkningen for arbeidsgiver alltid må vurderes konkret, men understreker at på bakgrunn av de klare uttalelsene i forarbeidene må hovedregelen være at en deling av en utlyst stilling vil utgjøre en vesentlig ulempe for arbeidsgiver. I dette ligger at det i slik tilfeller må stilles relativt små krav til arbeidsgivers konkretisering av negative virkninger.

Nemndas flertall, medlemmene Harborg, Steen og Dahlstrøm, har kommet til at arbeidsgiver ikke i tilstrekkelig grad har godtgjort at det i denne saken innebærer en vesentlig ulempe for virksomheten at man deler opp den utlyste stillingen, slik nemndas flertall også gjorde blant annet i tidligere saker 47/07, 27/07, 28/07, 26/09. Flertallet 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. Flertallet 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. I et tilfelle som dette der samtlige ansatte ved avdelingen har stillingsandeler på 75 eller 100 prosent (og arbeidsgiver ikke ønsker lavere stillingsandeler enn 75 %) vil en slik deling, ved siden av de svært sjeldne ansettelse i full stilling, være eneste praktiske mulighet for å gjennomføre fortrinnsrett i tråd med lovens hovedregel.

Arbeidsgivers anfører at en deling av stillingen vil medføre at det ikke vil være tilstrekkelig bemanning for å dekke opp turnusen. Flertallet 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 med å få turnusen til å gå opp, 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 deltidsansatte ikke vil kunne påregne utvidelser utenom i helt sjeldne tilfeller der en av de få fulle stillingene blir ledig. Flertallet bemerker at akuttmottaket har 25,5 sykepleierstillinger som er besatt av 30 ansatte, og at kun 11 ansatte arbeider i faste stillinger på 100 prosent. Det har etter det opplyste i liten grad vært foretatt ansettelse i stillinger på 100 prosent de siste år.

Dette innebærer at arbeidsgiver baserer seg på en varig situasjon der nær to av tre ansatte må arbeide deltid for at arbeidsgiver skal kunne fylle sin turnus. Etter flertallets 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. Flertallet er enig i det som et generelt synspunkt, men finner at det ikke kan strekkes så langt at arbeidsgiver kan organisere virksomheten slik at to tredjedeler av de ansatte må arbeide deltid for å få turnusen til å gå opp, for så å avslå ethvert krav på utvidelse under henvisning til at det vil medføre behov for nyansettelser.

Å redusere antall deltidsstillinger ved avdelinger som denne vil alltid medføre den ulempe at arbeidsgiver får problemer med å få turnusen til å gå opp. 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 komiteen presiserer at arbeidsgiver bare unntaksvis skal ha rett til å vise til at fortrinnsretten er til vesentlig ulempe.”

Slik saken er opplyst, finner flertallet etter en konkret helhetsvurdering at det ikke er tilstrekkelig grunnlag for å konkludere med at utøvelse av fortrinnsrett vil medføre vesentlig ulempe for virksomheten. Arbeidstaker kan derved gjøre fortrinnsrett gjeldende etter § 14-3. Det er en forutsetning for flertallets vedtak at andre fortrinnsberettigede (se sak 49/09,50/09, 52/09) overtar resten av den ledige stillingen slik at arbeidsgiver ikke blir sittende med en liten reststilling, og flertallet presiserer at det ikke tar stilling til forholdet mellom A og de andre fortrinnsberettigede til stillingene.

Nemndas mindretall, medlemmene Strøm og Ask-Henriksen, har kommet til at det i denne saken innebærer en vesentlig ulempe for virksomheten at man deler opp den utlyste stillingen, slik nemnda også gjorde blant annet i de tidligere saker 20/06, 23/06, 13/07, 27/08, 26/08, 27/08, 50/08, 11/09. Ved å dele opp den ledige stillingen på 75 prosent på en eller flere av de aktuelle søkerne, vil dette medføre at arbeidsgiver ikke har tilstrekkelig bemanning til å dekke behovet for bemanning i helgene. Det legges vekt på at alle ansatte ved akuttmottaket har gitt uttrykk for at de er svært kritiske til dagens vaktbelastning, og at de ikke ønsker å arbeide mer enn hver tredje helg. Utøvelse av fortrinnsrett i denne saken vil medføre at vaktbelastningen i helgen øker.

Mindretallet viser til forarbeidene til bestemmelsen (Ot. prp. nr 49 for 2004-2005 side 227) der det står følgende om bemanningsulemper:

”Det kan imidlertid være nødvendig for virksomheten å ansette flere personer, for eksempel for å få tilstrekkelig antall arbeidstakere til å dekke opp helgearbeidet 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 arbeidstider (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”.

Mindretallet finner etter dette at deling av stillingen på 75 prosent vil medføre en vesentlig ulempe for virksomheten.

Konklusjon

Arbeidstaker gis medhold i sitt krav om fortrinnsrett etter § 14-3.

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.