

VEDTAK NR 40/10 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Tvisteløsningsnemnda avholdt møte onsdag 16. juni 2010 i Arbeidstilsynets lokaler, Torvet 5, Lillestrøm

Ved behandlingen av saken var tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

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

Særskilt oppnevnte medlemmer

Børge Benum, KS
Tore Dahlstrøm, NSF

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 sykepleier i stilling på 70 prosent i hjemmesykepleien i B kommune. Stillingen innebærer arbeid hver fjerde helg.

Hjemmesykepleien i B kommune har 18,3 årsverk hvorav 9,3 årsverk for sykepleiere fordelt på 14 sykepleiere med stillingsstørrelser fra 50,17 til 90 prosent. Avdelingsleder arbeider i stilling på 100 prosent.

19. februar 2010 utlyste B kommune eksternt og internt en fast sykepleierstilling på 80 prosent med tredelt turnus. A søkte på deler av den utlyste stillingen 28. februar 2010. Det fremgår av søknaden at hun ønsker 80 prosent stilling. I tillegg til A søkte to andre deltidsansatte om henholdsvis hele stillingen på 80 prosent og 20 prosent stilling.

B kommune valgte å slå sammen den utlyste stillingen på 80 prosent med en mindre ledig helgestilling, og ansatte to eksterne sykepleiere, den ene i dagstilling på 54,53 prosent og den andre i nattstilling på 35,12 prosent. Begge stillingene innebærer arbeid hver fjerde helg.

A mottok skriftlig avslag på søknaden i arbeidsgivers brev av 29. mars 2010.

Saken ble brakt inn for tvisteløsningsnemnda av NSF X på vegne av arbeidstaker i brev av 16. april 2010. Overfor nemnda har begge parter fått anledning til å komme med utfyllende merknader i saken.

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra NSF X på vegne av arbeidstaker:

- brev av 19. april 2010
- e-post av 3. mai 2010
- e-post av 8. juni 2010

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev av 4. mai 2010
- e-post av 12. mai 2010
- e-post av 14. juni 2010

Arbeidstakers anførsler

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

Arbeidstaker har med henvisning til arbeidsmiljøloven § 14-3 rett til å få utvidet stillingen i kommunen. A har søkt på 10 prosent stilling slik at hun får en stilling på 80 prosent. Hjemmesykepleien har allerede dekket opp alle vakter og helger med sykepleierkompetanse. De driftsmessige konsekvensene av at kommunen har foretatt nedbemanningen med 3,6 sykepleierstillinger må arbeidsgiver ta ansvar for. I hjemmesykepleien arbeider de ansatte i hovedsak hver fjerde helg, enkelte hver åttende helg. Bemanningmessige hensyn tilsier derfor ikke at det kan påberopes å foreligge vesentlige ulemper for driften at arbeidstaker får stillingen hun har søkt på. For å sikre kontinuitet kunne de fortrinnsberettigede eventuelt byttet grupper de tjenestegjør på, slik at man ville fått så store stillinger som mulig.

Arbeidsgivers anførsler

B kommune anfører i det vesentligste:

De økonomiske rammene for driften er så knappe at det ved denne ansettelsen ikke lot seg gjøre å imøtekomme den deltidsansattes ønske om utvidet stilling. I henhold til vedtatt bemanningsplan skal det være to sykepleiere på vakt alle kvelder samt på helgevakter. I mars 2009 nedbemannet hjemmesykepleien sine årsverk fra 21,6 til 18,3 grunnet kommunens økonomiske situasjon. Med én sykepleier på de fleste kvelds- og helgevakter har det vist seg at tjenesten er svært sårbar for manglende sykepleierdekning ved ferie, sykdom og liknende. For tjenesten er det til vesentlig ulempe ikke å ha en grunnbemanning med to sykepleiere i turnus alle kvelder og helger. Avdelingen har forsøkt en turnus med arbeid oftere enn hver fjerde helg, men erfaringen er at det går ut over sykepleierdekningen på dagtid på hverdager og opprettholdelsen av faglig forsvarlig drift. Ved å tilby arbeidstaker den omsøkte stillingen ville avdelingen mistet sykepleierressurser på helgevakter. Å få kvalifiserte søkere til små helgestillinger har erfaringsmessig vist seg å være tilnærmet umulig. Flertallet i ansettelsesutvalget mente at hensynet til avdelingens totale drift måtte prioriteres fremfor utvidet stilling for deltidsansatte.

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 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 arbeidstaker ble avslått av B kommune ved brev av 29. mars 2010. NSF X brakte, på vegne av arbeidstaker, tvisten inn for tvisteløsningsnemnda i brev av 16. april 2010. 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. Det er her ingen uenighet mellom partene om at arbeidstaker er kvalifisert for stillingen og at det er foretatt en ny ansettelse i lovens forstand.

Det avgjørende er derfor om utøvelse av fortrinnsrett 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) 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.

Arbeidsgiver utlyste opprinnelig en stilling på 80 prosent og A gjorde krav på fortrinnsrett til deler av stillingen. Arbeidsgiver har imidlertid senere besluttet at det ikke skulle foretas en ansettelse i den stillingen, men foretok i stedet en endring av organisasjon slik at stillingen ble slått sammen med en annen, liten stilling, og deretter fordelt på to stillinger på henholdsvis 54,53 og 35,12 prosent. Slik nemnda ser det, må arbeidsgiver ha adgang til å foreta slike omdisponeringer. Temaet for nemnda blir derfor ikke om A (og andre søkere) kunne utøve fortrinnsrett til den opprinnelige stillingen på 80 prosent, men til de to nye stillingene. Spørsmålet er altså om hun alene eller sammen med en eller flere andre fortrinnsberettigede søkere kunne gjøre krav på deler av stillingene på henholdsvis 54,53 og 35,12 prosent.

Arbeidsgiver har anført at A verken alene eller sammen med andre kunne gjøre fortrinnsrett gjeldende fordi A allerede har helgevakter som vil være vanskelig å forene med helgebelastningen i de aktuelle stillingene. Spørsmålet nemnda må ta stilling til er om dette vil utgjøre en vesentlig ulempe for virksomheten i bestemmelsens forstand.

Det må påhvile arbeidsgiver å godtgjøre at lovens krav til vesentlig ulempe foreligger, og nemnda kan ikke se at det er tilfellet i denne saken.

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 også følger av forarbeidene, kan ufrivillig deltid for den enkelte arbeidstaker medføre negative konsekvenser både økonomisk og sosialt. Det er også Stortingets klare forutsetning at unntakene fra fortrinnsretten skal praktiseres med forsiktighet, se 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.”

Nemnda vil derfor være tilbakeholden med å akseptere at arbeidsgiver kan benytte vilkåret om vesentlig ulempe til å legitimere en bemanningsplan der alle sykepleierne bortsett fra avdelingsleder har lavere stillingsandeler, slik tilfellet er ved denne avdelingen. Nemnda bemerker at arbeidsgiver påberoper seg en vesentlig ulempe ved å miste sykepleierressurser i helger, men at det samtidig fremgår at forsøk med å arbeide oftere enn hver fjerde helg heller ikke fremstår som en løsning under henvisning til at det går ut over sykepleierdekningen på dagtid og opprettholdelsen av faglig forsvarlig drift. Dette innebærer at arbeidsgiver som varig løsning belager seg på en situasjon der de ansatte – i strid med lovens forutsetning – må finne seg i lavere stillingsandel. Nemnda kan ikke se at det kan være i overensstemmelse med loven.

Nemnda bemerker videre at arbeidsgivers argumentasjon er svært generell, og at man i liten grad synes å ha gjort konkrete forsøk på å foreta en fordeling som både øker stillingsandeler og sikrer adekvat helgebelastning. Det er mulig at utvidelser av stillingsandeler ved virksomheten vil innebære økt helgebelastning for de ansatte.

Nemnda kan ikke se at arbeidsgiver har godtgjort at utvidelse av As stilling ville medført en vesentlig ulempe. Nemnda finner etter dette at ansettelsen av to eksterne søkere var i strid med As fortrinnsrett. Nemnda presiserer at den ikke tar stilling til forholdet mellom A og andre fortrinnsberettigede til stillingene, og heller ikke til hvor stor utvidelse som må foretas eller hvilke tilpasninger til arbeidstidsordningen som eventuelt må gjøres.

Konklusjon

Ansettelsen av to eksterne søkere var i strid med As fortrinnsrett.

Tvisteløsningsnemnda

Henning Harborg
leder

Lillestrøm, 18.06.2010

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.