

VEDTAK NR 37/09 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Tvisteløsningsnemnda avholdt møte onsdag den 24. juni 2009 i Departementsbygningen i Akersgata 59, Oslo.

Ved behandlingen av saken var tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Henning Harborg, leder
Haakon Skaug, LO
Tor Brustad, NHO

Særskilt oppnevnte medlemmer

Nordis Vik Olausson, Ahus
Ann-Mari Vold, Fagforbundet

Saken gjelder

Tvist om fortrinnsrett for deltidsansatte etter arbeidsmiljøloven § 14-3

Arbeidstaker

A

Arbeidsgiver

B

Det ble truffet slikt vedtak:

Saksforhold

A arbeider som assistent i fast stilling på 50 prosent ved B. Arbeidsstedet er psykiatrisk klinikk, spesialavdeling voksne, sikkerhetsseksjonen, post X. Han har en midlertidig stilling på 14,08 prosent på samme sted frem til 21. juni 2009. Han har etter det opplyste utdannet seg til hjelpepleier, men har ikke autorisasjon som hjelpepleier per 12. juni 2009.

B, seksjon sikkerhet, sengepost X lyste 19. januar 2009 ut to faste stillinger på 50 prosent med søknadsfrist 15. februar 2009. Utlysningsteksten inneholdt følgende under punktet om kvalifikasjoner:

- studenter med påbegynt utdanning innen sykepleier/vernepleie
- assistenter med erfaring fra sikkerhetspsykiatrien
- erfaring fra sikkerhetspsykiatri
- personlig egnethet vektlegges
- på bakgrunn av personalets sammensetning oppfordres menn til å søke

A søkte stilling 25. januar 2009. Det fremgår av søknaden at han arbeider i en stilling på 50 prosent og at han ønsker å gå opp til en stilling på 100 prosent. B avslo ved brev av 6. mars 2009 søknaden under henvisning til at det ville medføre vesentlig ulempe for foretaket dersom fortrinnsretten skulle gjøres gjeldende i denne saken. Det ble vist til ”tungtveiende faglige og administrative argumenter” uten at disse ble utdypet. Ansettelsesprosessen er senere stilt i bero i påvente av nemndas avgjørelse.

Saken ble brakt inn for tvisteløsningsnemnda ved brev av 30. mars 2009. Overfor nemnda har begge parter fått anledning til å komme med utfyllende merknader i saken. Det vises til arbeidsgivers brev av 22. april 2009 samt arbeidstakers brev av 16. april 2009 og e-post av 12. juni 2009.

Arbeidstakers anførsler

A anfører i det vesentligste:

Arbeidstaker mener de samme kvalifikasjonskrav må gjelde for stillingen, uavhengig av om det dreier seg om en stilling i 50 prosent eller 100 prosent. A opplyser at han gjennom flere år har arbeidet opp mot stilling på 100 prosent når en slår sammen fast stilling og ekstravakter og vikariater, og hevder at han er kvalifisert for stillingen.

Det anføres at det ikke kan medføre vesentlig ulempe at den utlyste stillingen har samme helgeturnus som stillingen han nå innehar. A mener at arbeidsgiver kan løse dette ved en omlegging av turnusen. Subsidiært kan det løses ved at han tildeles stilling på 30 prosent. Ved sistnevnte løsning faller arbeidsgivers argument om at stillingene ikke lar seg kombinere bort.

Når det gjelder autorisasjon som hjelpepleier venter han på svar fra autorisasjonskontoret og vil oversende denne arbeidsgiver så snart den er mottatt.

Arbeidsgivers anførsler

B anfører i det vesentligste:

Saken gjelder ansettelse ved sikkerhetspost (X) ved psykiatrisk divisjon. Posten har spesialkompetanse i observasjon, utredning og behandling/rehabilitering av pasienter med alvorlig sinnslidelse, og med dokumentert langvarig farlig adferd, eller svært alvorlig voldspotensial. Alle ansatte med treårig høgskoleutdanning eller mer, deltar i hospiterings- og opplæringsopphold ved rettspsykiatrisk regionsklinikk i Z. Psykiatrisk divisjon har primært lagt til grunn at hovedtyngden av de ansatte ved en slik post skal ha minimum treårig helsefaglig formalkompetanse. Denne posten har imidlertid i flere år hatt utfordringer med å rekruttere kvalifisert personell til deltidsstillinger. Dette har medført at arbeidsgiver har ansatt ufaglærte midlertidig, i påvente av kvalifiserte søkere. Etter at arbeidsgiver fant at det ikke var grunnlag for midlertidig ansettelse, ble ufaglærte i stedet ansatt i mindre stillingsstørrelser.

Helseforetaket mener at kvalifikasjonskravet er ulike for en stilling i 100 prosent og en stilling i 50 prosent ved denne sikkerhetsposten. For den omtvistede stillingen er minste kvalifikasjonskrav assistent med erfaring fra arbeid på sikkerhetspsykiatrisk post. For en sammenslåing av nåværende stilling og omtvistede stilling er minste kvalifikasjonskrav vernepleier- eller sykepleierautorisasjon. Sykehuset forklarer at personer i full stilling ved posten fungerer som ansvarsvakter med ansvar for faglig forsvarlighet, og at de må inneha medisinsk kompetanse inkludert administrasjon av medikamenter, herunder i injeksjonsform.

Hvis det åpnes for at store stillinger besettes av ufaglærte ved bruk av fortrinnsrett vil det medføre store belastninger på ledelse og ansatte i form av omlegging av stillingsstruktur og turnusendringer. Foretaket vet av erfaring at fagutdannet personell ikke søker reduserte stillinger. Sammenslåing av mindre stillinger til fulle stillinger vil medføre at posten ikke vil være i posisjon til å tilby fulle stillinger til fagpersonell, noe som anses nødvendig for rekruttering. Posten kan heller ikke søke etter assistenter hvis konsekvensen er at disse kan gjøre fortrinnsrett gjeldende.

En sammenslåing av eksisterende deltidsstillinger vil resultere i et behov for flere rene helgestillinger for å dekke bemanningskrav i helger.

Til arbeidstakers opplysning om å ha fullført hjelpepleierutdanning i desember 2008, bemerkes det at arbeidsgiver ikke har mottatt dokumentasjon på utdanningen. Ved søk hos Statens autorisasjonskontor for helsepersonell fremkommer heller ikke treff på at A har autorisasjon som hjelpepleier.

Helseforetaket har bare vurdert A kvalifikasjoner for full stilling ved sikkerhetsposten X. Han er imidlertid ansatt i helseforetaket og kan derfor påberope seg fortrinnsrett til stillinger han er kvalifisert for ellers i foretaket.

De andre søkerne til den omtvistede stillingen er alle ansatte i mindre stillinger ved denne posten. Det må i utgangspunktet falle til arbeidsgiver å foreta en prioritering mellom disse søkerne.

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 avsto krav fra arbeidstaker, jf forskrift om tvisteløsningsnemnd etter arbeidsmiljøloven § 3 tredje ledd. A brakte tvisten inn for tvisteløsningsnemnda mindre enn fire uker etter arbeidsgivers avslag, og saken er dermed rettidig innbrakt.

Arbeidsmiljøloven § 14-3 første ledd fastsetter at deltidsansatte har fortrinnsrett til utvidet stilling fremfor at arbeidsgiver foretar ny ansettelse i virksomheten. Det er foreløpig ikke foretatt ny ansettelse i virksomheten, men arbeidsgiver har ved brev av 6. mars 2009 gitt skriftlig avslag på A krav om fortrinnsrett og har stilt ansettelsesprosessen i bero i påvente av nemndas avgjørelse. Nemnda finner derfor at det foreligger en aktuell tvist som den må ta stilling til.

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.

Slik nemnda ser saken er den særegen i det at stillingen ifølge arbeidsgiver endrer innhold og ansvar ved at den utvides fra 50 til 100 prosent. Det er ingen uenighet om at A er kvalifisert både til den halve stillingen han i dag innehar og – isolert sett – til den halve stillingen som er utlyst, men sammenslåingen av de to halve stillingene vil ifølge arbeidsgiver medføre at A eventuelt må gis ansvar og oppgaver som han foreløpig ikke er kvalifisert til. Arbeidsgivers standpunkt innebærer at ansatte med A kvalifikasjoner ikke vil kunne få mer enn halv stilling ved avdelingen. Derved vil de ansatte være hensatt til ulike vikariater og ekstravakter for å kunne oppebære høyere stillingsandeler – noe A har gjort i betydelig grad de seneste årene ved at han i lange perioder har arbeidet 100 prosent eller tett opptil. Arbeidsgiver har altså i lange perioder latt ham arbeide i full stilling, men inntar likevel det standpunkt at han ikke kan ansettes fast i slik stilling. En slik praksis fra arbeidsgivers står klart i strid med formålet bak § 14-3 og bryter med vesentlige hensyn som arbeidsmiljøloven skal ivareta. Det er ingenting som tyder på at de arbeidsoppgaver A har i dag er av en slik art at de ikke kan utgjøre full stilling, og nemnda finner at et krav på fortrinnsrett i et slikt tilfelle ikke kan avskjæres med den begrunnelse at arbeidsgiver ikke ønsker større stillinger for personer med slike kvalifikasjoner og oppgaver.

Nemnda finner derfor at A er kvalifisert for den utlyste stillingen, og vil i stedet vurdere arbeidsgivers anførsler om de problemer sammenslåing av stillingene vil medføre under ulempevurderingen.

Det avgjørende for nemnda blir om utøvelse av fortrinnsretten i dette tilfellet vil medføre vesentlige ulemper for virksomheten. Hva som ligger i begrepet vesentlig ulempe er ikke nærmere definert i loven. Av lovens forarbeider (Ot.prp. nr. 49 for 2004-2005 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.

Nemnda har kommet til at arbeidsgiver ikke i tilstrekkelig grad har godtgjort at fortrinnsrett for A vil medføre vesentlig ulempe for virksomheten. Arbeidsgiver har anført at sammenslåinger av slike stillinger vil medføre store belastninger på ledelse og ansatte i form

av omlegging av stillingsstruktur og turnusendringer, samt at det vil bli vanskeligere å rekruttere fagpersonell. Det anføres i tillegg at det vil skape behov for enda flere rene helgevaktstillinger. Flere av disse bekymringene fremstår som generelle ulemper som vil forekomme overalt i helsevesenet når stillingsandeler utvides, slik det fremgår av flertallets syn i sak 05/08. Slik saken er opplyst, har ikke arbeidsgiver gjort noen konkrete forsøk på å unngå eller overvinne de negative følgene arbeidsgiver frykter. Arbeidsgiver har ved å lyse ut den ledige stillingen vist at den ønsker flere halve stillinger med samme innhold som stillingen A har i dag. Arbeidsgiver har etter nemndas oppfatning ikke påvist et tungtveiende behov for at én arbeidstaker ikke kan ha full stilling med samme innhold. Arbeidsgiver har inntatt et standpunkt som innebærer at ansatte med A kvalifikasjoner aldri vil kunne få fast ansettelse i full stilling ved avdelingen. I et slikt tilfelle kan etter nemndas oppfatning en vesentlig ulempe ikke anses dokumentert uten at det er gjort noen konkrete forsøk på å finne en løsning. Kravet om vesentlig ulempe er etter dette ikke oppfylt.

Nemnda finner derved at A kan gjøre fortrinnsrett gjeldende til den utlyste stillingen. Saksdokumentene tyder på at det også er andre interne søkere som kan ha fortrinnsrett til stillingen, og nemnda presiserer at den ikke har tatt stilling til valget mellom disse.

Konklusjon

Arbeidstaker kan gjøre fortrinnsrett gjeldende.

Tvisteløsningsnemnda

Henning Harborg
leder

Lillestrøm, 26.06.2009

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.