

VEDTAK NR 26/09 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Tvisteløsningsnemnda avholdt møte onsdag den 14. mai 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

Nordis Vik Olausson, Ahus
Cathrine Cruse Hennig, NSF

Saken gjelder

Tvist om fortrinnsrett for deltidsansatte etter arbeidsmiljøloven § 14-3

Arbeidstaker

A

Arbeidsgiver

B

Det ble truffet slikt vedtak:

Saksforhold

A har fast stilling på 75 prosent som sykepleier ved B sykehus, Akuttmottak og AMK (akuttmedisinsk kommandosentral). Akuttmottaket og AMK har felles ledelse og bemannes av de samme sykepleierne som rullerer. Pr 29. april 2009 har enheten 29,35 årsverk, fordelt på 37 ansatte. Av de 37 ansatte har 17 stillinger i 100 prosent. I turnusen inngår arbeid hver tredje helg.

I november 2008 ble det utlyst eksternt to stillinger i henholdsvis 50 og 60 prosent som spesialsykepleier i intensiv/ anestesi ved akuttmottak/ AMK f.t B sykehus. For begge stillinger var søknadsfristen den 28. november 2008.

A søkte begge stillinger ved elektroniske søknader den 18. november 2008. Det fremgår av søknadene at han ønsker å øke sin stillingsandel fra 75 prosent til 100 prosent under henvisning til fortrinnsretten i arbeidsmiljøloven § 14-3.

A har ikke mottatt et skriftlig svar på søknadene, men fikk et muntlig avslag på begge stillinger av enhetsleder den 18. februar 2009.

Det er ikke foretatt ansettelse i den ene stillingen på 50 prosent av budsjettmessige grunner. Den andre stillingen på 60 prosent er besatt av en ekstern søker.

A brakte saken inn for tvisteløsningsnemnda ved brev av 14. februar 2009, poststemplet den 24. februar 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 17. mars 2009, e-post av 29. april 2009 og e-post av 30. april 2009 samt arbeidstakers brev av 9. mars 2009 og 2. april 2009.

Arbeidstakers anførsler

A mener at arbeidsgiver ikke har dokumentert at utøvelse av fortrinnsrett i dette tilfelle medfører en vesentlig ulempe for virksomheten og anfører i det vesentligste:

Arbeidstaker mener seg forbigått ved ansettelsen av en ekstern søker til den ledige stillingen på 60 prosent. Vedkommende som ble tilsatt kunne ikke gjøre fortrinnsrett gjeldende.

A har vært ansatt ved B sykehus siden høsten 2006, først i ulike vikariater, så i fast stilling på 50 prosent. I juni 2008 ble den faste stillingen økt til stilling på 75 prosent. A har arbeidet som sykepleier siden 2000 og har 2-årig videreutdanning som klinisk spesialist i sykepleie. Hos tidligere arbeidsgivere har han alltid hatt 100 prosent stilling og har gjentatte ganger søkt om å øke sin stillingsandel hos nåværende arbeidsgiver. Pr i dag mangler sykehuset personell til AMK.

For å kunne jobbe på AMK stilles det krav til opplæring med sertifisering. Fra en person ansettes til vedkommende er ferdig sertifisert, tar det minimum 2 år. Det er også et minimumskrav av man har stilling på minst 75 prosent. Likevel valgte sykehuset å ansette en

ekstern søker i 60 prosent. Vedkommende er operasjonssykepleier, en kvalifikasjon det ikke er spesielt henvisning til i utlysningen. Det vil derfor ikke hjelpe for bemanningen ved AMK å ansette vedkommende ettersom denne personen ikke kan utføre arbeid der.

Arbeidsgiver henviser til at de ved å dele stillingen slik at det gjenstår en stilling på 35 prosent, vil komme i en situasjon der ansettelse bryter helsepersonellovens § 4 om faglig forsvarlighet. Til dette bemerker arbeidstaker at det var flere faste ansatte i stilling på 75 prosent som søkte stillingen i 60 prosent for å utvide sin stilling. Den ledige stillingen kunne ha blitt brukt til økte stillingsandeler for disse. Da ville arbeidsgiver ha sluppet problemstillingen om faglig forsvarlig drift. Det er tydelig at arbeidsgiver velger å prioritere antall ansatte fremfor å utvide stillingen til de som allerede er ansatte, for å sikre størst mulig fleksibilitet. Arbeidsgiver satser på at de som er godkjente for å jobbe både i akuttmottak og AMK kan jobbe utover sine stillingsandeler for å dekke mangelen i AMK.

Det vises til at ambulansenheten som også er delt inn i ambulansedrift og AMK sliter med samme problemer i forhold til turnus og helgedekning, men likevel har opprettholdt at stillingene i enheten er på 100 prosent. Dette viser at det også burde ha vært mulig for akuttmottak/ AMK.

I hele den perioden A har vært ansatt i akuttmottaket/AMK, har ekstravakter medført at han har jobbet i stilling på mer enn 100 prosent.

Arbeidsgivers anførsler

B sykehus hevder at utøvelse av fortrinnsrett for A er til vesentlig ulempe for virksomheten og anfører i det vesentligste:

A søker om stilling på 25 prosent (8,75 timer per uke) av en stilling på 60 prosent (21,3 timer per uke). Den resterende del av stillingen vil da utgjøre 35 prosent (12,55 t/uke).

Det er et krav om at operatør av AMK må ha en stilling på minst 75 prosent (26,25 timer per uke). Da den resterende del av stillingen vil utgjøre for få timer til at en ansatt vil kunne opparbeide tilstrekkelig erfaring i Akuttmottak vil en slik oppdeling heller ikke være forenlig med kravet til forsvarlighet i helsepersonellovens § 4.

Arbeidstaker hevder at enheten har besatt alle stillinger og vikariater. Dette medfører ikke riktighet. Enheten har tre ubesatte vikariater. Enheten har ikke fått kvalifiserte søkere etter utlysning av disse stillingene. I tillegg har enheten et stort langtids sykefravær.

A anførsel om at det primært er i AMK at det mangler personell, stemmer i liten grad med enhetsleders oppfatning.

Det arbeides hardt med å justere budsjettet slik at enheten sikres en tilstrekkelig bemanning. Det pågår også et omorganiseringsprosjekt der etablering av vikarpool er lansert som et tiltak for å unngå uønsket deltid og bedre utnyttelse av ressursene i foretaket. Organisering av ambulansenheten som A viser til anses som irrelevant for saken.

Akuttmottaket/AMK har i dag problemer med å dekke opp turnusen i helger, samt kveld- og nattevakter. Enheten har mange deltidsstillinger og korte vikariater, der enheten sliter med å

få kvalifiserte søkere. En oppjustering av A stillingsandel vil, på bakgrunn av reguleringer i avtaleverket, ikke bidra til å dekke personalbehovet i helger, kvelds- og nattevakter.

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. Arbeidstaker ble muntlig gjort kjent med at søknad på stilling var avslått den 18. februar 2009. A brakte tvisten inn for tvisteløsningsnemnda i brev poststempelt den 24. februar 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. Det er ingen uenighet mellom partene om at det er foretatt en ny ansettelse i lovens forstand.

Det fremgår av lovens forarbeider, Ot prp nr 49 (2004-2005) s 330 at begrepet ”kvalifisert for” skal forstås på samme måte som tilsvarende begrep i § 14-2 første ledd. Ved vurderingen av om en arbeidstaker er kvalifisert for stillingen, kan det tas hensyn til både faglige og personlige forutsetninger. Det kreves etter forarbeidene (Ot prp nr 41 (1975-76) s 79) ikke at kvalifikasjonene ligger på et høyere nivå enn det som må anses som gjennomsnittlig for stillingen. Arbeidsgiver kan således ikke unnlate å ansette den fortrinnsberettigede fordi det er mulig å få ansatt en person med bedre kvalifikasjoner.

Nemnda legger til grunn at A må anses kvalifisert for stillingen. Noe annet er ikke anført av arbeidsgiver, og det fremgikk av utlysningsteksten at det ikke unntaksfritt ble stilt krav om utdanning som spesialsykepleier, men at også sykepleier med utdanning i akutt sykepleie kunne søke. Det vises videre til at A allerede arbeider i enheten som sykepleier i klinisk sykepleie i stilling på 75 prosent.

Det avgjørende blir derfor om utøvelse av fortrinnsrett til deler av den ledige stillingen vil innebære en vesentlig ulempe for virksomheten.

Hva som ligger i begrepet vesentlig ulempe er ikke nærmere definert i loven. Det fremgår av lovens forarbeider, Ot prp nr 49 (2004-2005) kapittel 17.2.6 side 227, at dette vil bero på en konkret vurdering av om utøvelse av fortrinnsrett i det enkelte tilfellet vil gi urimelige utslag for virksomheten. Etter forarbeidene vil forbeholdet om vesentlig ulempe blant annet innebære at deltidsansatte som gjør fortrinnsrett gjeldende ikke kan velge å søke en andel av 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 oppdeling av 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 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 nemndas flertall, medlemmene Harborg, Steen og Hennig, at det i denne saken ikke er tilstrekkelig dokumentert at utøvelse av fortrinnsretten for A ville medføre vesentlig ulempe for B sykehus. Det må påhvile arbeidsgiver å godtgjøre at lovens krav til vesentlig ulempe foreligger og at det i større grad enn her er gjort konkrete forsøk på å overkomme vanskelighetene. Det bemerkes særlig at arbeidsgiver ikke synes å ha vurdert å fordele reststillingen på to andre kvalifiserte deltidsansatte som også søkte utvidelser av sine stillinger. En generell henvisning til at det vil være vanskelig å få gjennomført helgeturnusen er ikke tilstrekkelig.

Flertallet finner etter dette at A kan gjøre gjeldende fortrinnsrett etter § 14-3 til stilling på 25 prosent. Flertallet tar imidlertid ikke stilling til forholdet mellom A og eventuelle andre fortrinnsberettigede til stillingen.

Nemndas mindretall, medlemmene Strøm og Vik Olausson, finner at utøvelse av fortrinnsretten for A vil medføre en vesentlig ulempe for virksomheten. Saken gjelder fortrinnsrett til en andel (stilling på 25 prosent) av stillingen på 60 prosent hvilket i dette tilfellet vil medføre at arbeidsgiver blir sittende med en reststilling som vil være vanskelig å fylle og medføre vanskeligheter for gjennomføringen av helgeturnusen. Det vises til at arbeidsgiver på enheten allerede har problemer med å dekke opp helgevakter. Enheten har tre ubesatte vikariater i tillegg til et stort sykefravær og sliter med manglende budsjettmidler til å dekke opp helgevakter. Tatt i betraktning de relativt små krav som må stilles til arbeidsgivers konkretisering av negative virkninger i et tilfelle som dette, konkluderer mindretallet med at utøvelse av fortrinnsrett vil utgjøre en vesentlig ulempe for arbeidsgiver.

Konklusjon

Arbeidstaker gis medhold.

Tvisteløsningsnemnda

Henning Harborg
leder

Lillestrøm, 20. mai 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.