

VEDTAK NR 30/10 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Tvisteløsningsnemnda avholdt møte fredag 23. april 2010 i Departementsbygning R5, Akersgata 59, Oslo.

Ved behandlingen av saken var tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Henning Harborg, leder
Haakon Skaug, LO
Elisabeth Lea Strøm, NHO

Særskilt oppnevnte medlemmer

Sine Kari Braanaas, Vestre Viken HF
Ingrid Enoksen, NSF

Saken gjelder

Tvist om fortrinnsrett for deltidsansatte etter arbeidsmiljøloven § 14-3

Arbeidstaker

A

Arbeidsgiver

B

Det ble truffet slikt vedtak:

Saksforhold

A er fast ansatt i stilling på 75 prosent i akuttmottaket ved B, X.

Det ble lyst ut en fast stilling på 75 prosent ved avdelingen, med søknadsfrist 3. desember 2009. Hun fikk avslag på søknaden 21. januar 2010. Stillingen ble besatt av en midlertidig ansatt som hadde stilling på 75 prosent ved Akutten.

C og A har begge fremmet tvist for tvisteløsningsnemnda om fortrinnsrett til en andel av den utlyste stillingen på 25 prosent stilling. Saken ble brakt inn for tvisteløsningsnemnda av Norsk Sykepleierforbund ved brev av 18. mars 2010. Overfor nemnda har begge parter fått anledning til å komme med utfyllende merknader i saken.

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidstakersiden:

- brev av 18. mars 2010 med vedlegg
- brev av 7. april 2010 med vedlegg

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev av 29. mars 2010 med vedlegg

Arbeidstakers anførsler

A hevder å ha fortrinnsrett til en andel av den utlyste stillingen og anfører i det vesentligste:

Utøvelse av fortrinnsrett vil ikke medføre en vesentlig ulempe for arbeidsgiver. Tre ansatte med stilling på 75 prosent søkte om utvidelse med stilling på 25 prosent hver. Arbeidsgiver ville derfor ikke blitt sittende med en ubesatt reststilling.

Alle ledige stillinger på 100 prosent har blitt gjort om til 75 prosent de siste årene. Bakgrunnen for dette er at arbeidsgiver ønsker å benytte seg av restarbeidskraften for å dekke inn ulike typer fravær. Arbeidsgiver tar ikke sykefraværet, som er på 10 prosent, i betraktning ved bemanningen, og hevder at sykehuset ikke har muligheter til å gjøre noe med bemanningen eller vaktbelastningen på grunn av økonomi. Dette er i strid med arbeidsmiljøloven § 4-1 første og annet ledd.

A har forholdsmessig høyere vaktbelastning enn de som jobber 100 prosent, i tillegg til ekstravakter på kveld, natt og helg. Merarbeidet medfører også uforutsigbarhet for familie og fritid mens varierende inntekt medfører vanskeligheter med kjøp av bolig og lignende.

Arbeidsgivers anførsler

B hevder at deltidsansatte må ta hele den utlyste stillingen og at utøvelse av fortrinnsrett ville føre til økt vaktbelastning noe som ville medføre vesentlige ulemper for arbeidsgiver og de ansatte. Det anføres i det vesentligste:

Deltidsansatte som vil benytte seg av fortrinnsretten må forholde seg til den utlyste stillingen og ta hele denne. Man kan ikke gjøre krav på deler av en stilling, jf lovens forarbeider (Ot.

prp. nr. 49 for 2004-2005). Ved å innfri As og Cs krav ville sykehuset sittet igjen med en reststilling på 25 prosent som ville vært vanskelig å få besatt.

Akuttmottaket er bemannet med 29 ansatte fordelt på 25,5 stillinger, 28 arbeider i turnus; av disse er 15 ansatt i stillinger på 100 prosent og 14 i stillinger på 75 prosent. Rekruttering til fulle stillinger gjøres internt. Fordelingen mellom hele stillinger og stillinger på 75 prosent var uendret fra 2000 til 2009 da fire deltidsansatte fikk medhold i nemnda og fikk utvidet sine stillinger.

Bakgrunnen for at det benyttes deltidsstillinger er å få bemanningen til å gå opp. Det benyttes allerede hinkehelger da det ikke er tilstrekkelig antall hoder til at alle kan jobbe hver tredje helg. Vaktbelastningen økte ytterligere da fire deltidsansatte som følge av tvisteløsningsnemndas vedtak fikk utvidet sine stillinger i 2009. Ved innføring av flere hele stillinger vil det bli enda flere kvelds-, natt- og helgevakter per arbeidstaker. Dette er uheldig fordi det blir lenger mellom hver dagvakt, og det kreves kontinuitet og tilstrekkelig omfang av dagarbeid for å ivareta pålagte oppgaver. Imøtekommelse av As og Cs krav vil forsterke behovet for merarbeid siden den allerede høye vaktbelastningen medfører slitasje på de ansatte.

Dagens vaktbelastning er så omfattende at det går utover rekrutteringen til stillinger og stabilt personale. Arbeidsgiver er bekymret for vaktbelastningen og arbeidsmiljøet totalt dersom vaktbelastningen forverres ytterligere. B har ikke økonomi til å øke antallet stillinger.

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 A ble avslått av B ved brev av 21. januar 2010. Norsk Sykepleierforbund brakte på vegne av A tvisten inn for tvisteløsningsnemnda ved brev datert 17. februar 2010 og poststempelt 18. februar 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, jf § 14-3 andre ledd. Det er ikke omtvistet at A oppfyller kvalifikasjonskravene til den utlyste stillingen, og det avgjørende vil derfor være 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.

I henhold til forarbeidene vil forbeholdet om vesentlig ulempe blant annet innebære 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 i tidligere saker likevel lagt til grunn at forarbeidene ikke kan forstås slik 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. Men selv om virkningen for arbeidsgiver alltid må vurderes konkret og det altså kan åpnes for unntak, må hovedregelen på bakgrunn av de klare uttalelsene i forarbeidene være at en deling av en utlyst stilling vil utgjøre en vesentlig ulempe for arbeidsgiver. I dette ligger at det i slike tilfeller må stilles relativt små krav til arbeidsgivers konkretisering av negative virkninger.

Nemndas flertall, medlemmene Harborg, Strøm og Braanaas, har kommet til at det i denne saken ville innebære en vesentlig ulempe for virksomheten å dele opp den utlyste stillingen. Å dele den ledige stillingen på de aktuelle søkerne ville medført problemer for arbeidsgiver med å sikre tilstrekkelig bemanning i helgene. I tillegg ville det økt en allerede høy vaktbelastning generelt på avdelingen, noe flertallet vurderer som uheldig. 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. Det er allerede innført hinkehelger på avdelingen, og arbeidsgiver anfører problemer med å rekruttere og beholde ansatte på grunn av den høye vaktbelastningen.

Flertallet 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”.

Nemnda har tidligere gitt medhold i fire utvidelser til hel stilling ved denne avdelingen under henvisning til at den har belaget seg på at en svært høy andel av de ansatte til enhver tid må ha redusert stilling (sak nr 49/09, 50/09, 51/09 og 52/09). Denne situasjonen må anses bedret gjennom nemndas tidligere vedtak, og flertallet innser at det vil være umulig å sikre bemanning i helger uten at en del av de ansatte arbeider i mindre stillinger enn 100 prosent. Flertallet finner at ytterligere utvidelse av antall heltidsstillinger for tiden ville medført vesentlig ulempe for virksomheten. Flertallet presiserer at den likevel vil oppfordre arbeidsgiver til å unngå ufrivillig deltid så langt det lar seg gjøre.

Nemndas mindretall, medlemmene Skaug og Enoksen har i denne saken kommet til at arbeidsgiver ikke i tilstrekkelig grad har godtgjort at oppdeling av stillingen vil innebære en vesentlig ulempe for virksomheten. Det var tre interne søkere med stillinger på 75 prosent som ønsket å dele den utlyste stillingen, og arbeidsgiver kunne dermed unngått å bli sittende med en ubesatt reststilling ved å dele den utlyste stillingen på de tre. 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. Mindretallet 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 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.

Mindretallet finner at denne løsningen er best i tråd med formålet med arbeidsmiljøloven § 14-3, nemlig 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. I denne saken er det anført at den ufrivillige deltiden medfører uforutsigbarhet for fritid og forholdet til familie på grunn av utstrakt bruk av medarbeid, samt problemer med boligkjøp og andre større investeringer på grunn av at lav fast inntekt.

Arbeidsgiver anfører at en deling av stillingen vil medføre at det ikke vil være tilstrekkelig bemanning for å dekke opp turnusen, og at større vaktbelastning vil medføre ulemper for gruppen av ansatte som helhet samt at det vil kunne medføre mer merarbeid på grunn av den generelle slitasjen på de ansatte. Mindretallet er enig i at det vil være en ulempe for arbeidsgiver, men kan ikke se at den er vesentlig i lovens forstand. Arbeidsgiver 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. Mindretallet bemerker at akuttmottaket har 25,5 sykepleierstillinger som er besatt av 29 ansatte, og at kun 15 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, bortsett fra utvidelse av stilling for fire ansatte som følge av nemndas vedtak i 2009. Dette innebærer at arbeidsgiver baserer seg på en varig situasjon der nær halvparten av de ansatte må arbeide deltid for at arbeidsgiver skal kunne fylle sin turnus. Etter mindretallets 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. Mindretallet er enig i det som et generelt synspunkt, men finner at det ikke kan strekkes så langt at arbeidsgiver kan organisere virksomheten slik at nesten halvparten 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 nyansettelse. I tillegg kommer at det i dette tilfellet er opplyst at det er et forholdsvis stabilt sykefravær på om lag 10 prosent. Sykehuset bør da foreta ansettelse for å dekke dette sykefraværet, jf Rt. 1989 s 1116, før det kommer på tale å skyve hele belastningen ved turnusordningen over på arbeidstakerne.

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 komiténemnda uttaler følgende:

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

Slik saken er opplyst, finner mindretallet etter en konkret helhetsvurdering at det ikke er tilstrekkelig grunnlag for å konkludere med at utøvelse av fortrinnsrett vil medføre vesentlig ulempe for virksomheten.

Konklusjon

Arbeidstaker gis ikke medhold.

Tvisteløsningsnemnda

Henning Harborg
leder

Lillestrøm, 26.04.2010

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.