

VEDTAK NR 65/10 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Tvisteløsningsnemnda avholdt møte onsdag 13. oktober 2010 i Regjeringskvartalet, R5.

Ved behandlingen av saken var tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

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

Særskilt oppnevnte medlemmer

Elin Sveistrup Ødegård, Ahus
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 er fast ansatt som psykiatrisk sykepleier i 80 prosent nattstilling ved akuttpsykiatrisk enhet Sør, B. Han har vært ansatt ved sykehuset siden november 1996.

Akuttpsykiatrisk enhet har totalt 15 sykepleiere, hvorav 12 spesialsykepleiere. Av disse er tre faste nattevakter, mens resten arbeider dag/aften. De tre nattevaktene har stillinger på hhv. 70, 80 (A) og 100 prosent. Av dem som arbeider dag/aften, har 10 stillinger på 100 prosent mens to har 75 prosent stilling.

I april 2010 utlyste B en fast dag- og aftenstilling på 75 prosent som akuttsykepleier ved samme enhet. A søkte på en andel av stillingen tilsvarende 15 prosent av full stilling. Søknaden ble avslått av B i brev av 1. juni 2010. Stillingen ble i sin helhet gitt til en søker som hadde vært ansatt ved sykehuset siden september 2009. Det er enighet om at denne søkeren ikke hadde fortrinnsrett etter aml. § 14-3.

Det er ikke omtvistet at A er kvalifisert for den utlyste stillingen. Tvisten går ut på om det ville medført en vesentlig ulempe for arbeidsgiver om A kunne gjøre fortrinnsrett 15 prosent av stillingen.

Saken ble brakt inn for tvisteløsningsnemnda ved brev av 22. juni 2010. Overfor nemnda har begge parter fått anledning til å komme med utfyllende merknader i saken.

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidstaker:

- brev av 22. juni 2010
- brev av 5. august 2010
- brev av 7. september 2010

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev av 11. august 2010

Arbeidstakers anførsler

På vegne av A anføres i det vesentligste:

A er ikke uenig i at utvidelse av stillingsbrøken vil være en ulempe for kontinuiteten i behandlerteamet. Arbeidsgiver har imidlertid selv skapt mangel på kontinuitet ved å opprette en deltidsstilling på 75 prosent fremfor en heltidsstilling.

Selv om A ikke kan inngå i et behandlerteam med en stilling på 15 prosent på dag/aften, ivaretar han kontinuiteten gjennom at han fra før har nattstilling på 80 prosent, samt at hans lange erfaring som psykiatrisk sykepleier ved enheten i seg selv skaper kontinuitet på arbeidsplassen. Dette bør veie opp for ulempen ved at han ikke kan gå inn i et behandlerteam.

A er for øvrig enig i at deltidsstillinger ikke er veldig attraktive for psykiatriske sykepleiere, og at det heller ikke er ideelt at en allerede redusert stillingsbrøk skal reduseres ytterligere. Ut

ifra NSF's kjennskap til arbeidsmarkedet og tilsetningsprosessene ved B, er det i løpet av det siste året imidlertid gjennomført omfattende tilsetningsprosesser der rekrutteringen har vært god. NSF vet at sykepleiere med videreutdanning i psykisk helsevern har tatt deltidsstillinger i disse prosessene, trolig delvis begrunnet i at de er kjent med aml. § 14-3. Ulempen med å rekruttere fagfolk i denne deltidsstillingen er derfor neppe så stor som arbeidsgiver hevder.

Arbeidsgivers anførsler

B anfører i det vesentligste:

Ansettelse av A i en liten andel av den utlyste stillingen, vil medføre en vesentlig ulempe for virksomheten. Ulempen er knyttet til det behandlingsmessige opplegget, der det av kontinuitetshensyn er en klar fordel av flest mulig har stillinger på 100 prosent.

Ved akutenheten kommer pasienter inn på kort varsel, og behandlingsforløpet er gjennomsnittlig 10 døgn. Når pasienten kommer inn blir det satt opp et team med to sykepleiere/miljøterapeuter og en lege. Behandlingsforløpet er kort, så teamet må bli raskt kjent med pasienten. Det bør så langt som mulig alltid være en sykepleier fra teamet tilstede på vakt, så teamsykepleierne bør ikke ha samme turnus.

Dersom sykehuset skulle imøtekomme As ønske om 15 prosent dagvakt, noe som tilsvarer ca. 9 vakter på en 12-ukers turnus, ville denne ressursen være for liten til å benyttes i et behandlingsteam. Det vil videre være vanskelig å benytte de gjenværende 60 prosentene på en tilfredsstillende måte. Påstanden fra NSF om at søkertilfanget er godt også i denne type deltidsstillinger, medfører ikke riktighet.

Sykehuset har for øvrig tilbudt A utvidet stilling hver gang det har åpnet seg mulighet for dette. Dersom A ønsker å gå inn på en arbeidstidsordning med arbeid 5 av 12 helger, vil sykehuset tilby en permanent utvidelse av stillingen hans med 9,4 prosent på natt, slik han tidligere har blitt tilbudt.

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

Søknaden om fortrinnsrett for A ble avslått av B i brev av 1. juni 2010. A brakte tvisten inn for tvisteløsningsnemnda i brev av 22. juni 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 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 fortrinnsretten 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) kapittel 17.2.6 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.

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 tidligere 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. Virkningen av den ulempen arbeidsgiver blir påført ved å bli sittende med en lav stillingsbrøk, må vurderes konkret, og det kan således åpnes for unntak fra hovedregelen. På bakgrunn av forarbeidene må utgangspunktet likevel være at deling av en utlyst stilling vil utgjøre en vesentlig ulempe for arbeidsgiver, og at det følgelig ikke stilles strenge krav til arbeidsgivers konkretisering av negative virkninger.

Nemnda har kommet til at det i denne saken vil innebære en vesentlig ulempe for virksomheten å dele opp den utlyste stillingen.

Nemnda har i sin vurdering lagt vekt på at inndeling i behandlingsteam med ulik turnus innad i teamet er vesentlig for å fylle pasientenes behov for kontinuitet. Slik saken er opplyst for nemnda, fremstår det slik at en eventuell dag- og aftenstilling på 15 prosent vil være for liten til at A kan inngå i et behandler-team.

Videre ville virksomheten, dersom A skulle få innfridd sitt krav om 15 av de 75 prosentene som er utlyst, sitte igjen med en stilling på 60 prosent. Sykehuset anfører at heller ikke en slik stillingsprosent vil være stor nok til å kunne ivareta den kontinuiteten som er nødvendig for kvaliteten i pasientbehandlingen, en anførsel som etter nemndas syn støttes av at det i dag ikke er noen ansatte som går i stillinger på mindre enn 75 prosent. Nemnda finner ikke grunnlag for å tilsidesette denne vurderingen.

Nemnda legger i interesseavveiningen også en viss vekt på at arbeidsgiver har vist vilje til å imøtekomme As ønske om utvidet stilling, selv om den tilbudte utvidelsen medfører en hinkehelg.

Det legges etter en helhetsvurdering til grunn at det under disse forutsetningene ville medføre en vesentlig ulempe for virksomheten å dele opp den utlyste stillingen for å imøtekomme As ønske om en stillingsutvidelse på 15 prosent.

Konklusjon

Ansettelse av annen søker var ikke i strid med As fortrinnsrett.

Tvisteløsningsnemnda

Henning Harborg
leder

Lillestrøm, 14.10.2010

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.