

VEDTAK I TVISTELØSNINGSNEMNDA

For behandling av sak nr. 18/2006 i tvisteløsningsnemnda, ble det den 12.10.06 avholdt møte i Arbeidstilsynets Oslo sine lokaler Stenersgaten 1, Oslo

Tvisteløsningsnemndas faste medlemmer

Seniorrådgiver Hanne Inger Bjurstrøm (leder), Advokat Elisabeth Lea Strøm (NHO), Advokat Anette Lunde Barlinn (LO)

Særskilt oppnevnte medlemmer

Advokat Tore Dahlstrøm (Norsk Sykepleierforbund)
Advokat Børge Benum (Kommunenes interesse- og arbeidsgiverorganisasjon)

Saken gjelder

Tvist om fortrinnsrett for deltidsansatte etter arbeidsmiljøloven § 14-3

Arbeidstaker

A

Arbeidsgiver

B

Det ble truffet slikt

vedtak:

Sakens bakgrunn

A er ansatt som sykepleier i 50 % nattevaktstilling i B, med arbeidssted ved X. Hun har flere ganger søkt om utvidet stilling i kommunen, men har hver gang fått avslag.

I slutten av mars 2006 ble det utlyst en 50 % nattevaktstilling i B, med arbeidssted ved Y. A og en annen sykepleier i kommunen, med arbeidssted ved Y (C, jf, tvisteløsningsnemndas sak nr. 19/2006), søkte i begynnelsen av april 2006 om å få dele den utlyste stillingen med 25 % stillingsandel hver. Søknaden fra A ble avslått i brev datert 31.05.06 fra kommunen. Stillingen ble besatt av en ekstern søker.

Arbeidstakers anførsler

A anfører følgende mot kommunens argumentasjon for avslaget:

A tilbakeviser at referansen til Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) kap. 17.2.6 s 227 hvor det fremgår 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. Hun viser til at det i denne

saken var en konkret søknad fra en sykepleier med tjenestested ved Y som ønsket å dele stillingen, og at det derfor ikke ville bli problemer knyttet til en liten gjenværende stillingsbrøk. Dette understøttes også av kommunens tilsettingsreglement som viser hovedtariffavtalen. Her fremgår det at ansettelse ikke må være betinget av at den deltidsansatte må overta hele den ledige stillingen.

Kommunens påstand om at A nye stillingsandel ville bli for liten til å være faglig forsvarlig er ikke holdbar etter hennes vurdering. A viser her til at hun har arbeidet sammenhengende i kommunen fra 1986. Hun kjenner de fleste brukerne fordi hun har hatt mange ekstravakter i flere enheter i hele kommunen i dette tidsrommet. Dessuten har noen av brukerne i andre enheter vært på korttidsopphold i enheten hvor A per i dag har sin faste stilling (X). A har gjennom 20 års sammenhengende tjeneste som sykepleier i kommunen vist at hun er stabil arbeidskraft. I tillegg har hun gjennomført videreutdanning i geriatri og sykepleie til alvorlig syke. På denne bakgrunn mener A at hun har en kompetanse som gjør henne godt kvalifisert til å kunne ivareta brukerne i den andre enheten, selv om hun ville få forholdsvis få vakter der.

A har tidligere i en periode tatt ekstra nattevakter ved Y, og ser derfor ingen betenkeligheter med å ha en 25 % stilling fast der. Etter hennes syn er det bedre med en fast ansatt i 25 % stilling enn tilfeldige vikarer. Hun anfører videre at to godt kvalifiserte deltidsansatte vil ved å dele nattevakten få økt sine egne stillinger til 75 %, dette vil være faglig forsvarlig fordi det bedrer kontinuiteten og oppfølging av brukerne.

A påpeker at kommunen i utstrakt grad bruker små helgestillinger, sporadiske ekstravakter og ufaglærte. Kommunen har således et stort antall deltidsansatte i pleie- og omsorgssektoren ved at 22 personer er tilsatt i under 50 % stilling. Hun viser videre til at flere andre sykepleiere i kommunen har tatt vakter, herunder nattevakter, i en annen enhet enn der de har sin faste deltidsstilling.

Kommunens anførsler om ulemper knyttet til spesialturnus (helg og høytid), og hvordan en eventuelt skal fordele vakter, ser A på som et uvesentlig problem i denne sammenheng.

A bemerker at tillitsmannsrepresentanten fra Norsk Sykepleierforbund, som var til stede ved tilsetningen, ble utpekt av arbeidsgiver. Verken plasstillitsvalgt eller hovedtillitsvalgt ble brukt i prosessen eller informert om når tilsetningen skulle finne sted. Både hovedtillitsvalgt og plasstillitsvalgt var søkere til stillingen, og derfor inhabile. Det var også den aktuelle representanten som ble utpekt av arbeidsgiver, da hun for tiden vikarierer for en sykepleier som også var søker til stillingen.

Arbeidsgivers anførsler

B anfører at fortrinnsretten for deltidsansatte ikke kan gjøres gjeldene i det konkrete tilfellet ut fra følgende begrunnelse:

Ved tilsetningen var det faglige argumentet avgjørende. Kommunen fremhever at man må se på den aktuelle stillingen spesielt, og ikke som en generell tilsetting i kommunen slik det er blitt anført av A. Hun henviser til tilsettingsreglementet hvor det fremgår følgene; "Det er ingen forutsetning at den deltidstilsatte skal måtte ta hele den ledige stillingen". Rent generelt og som et overordnet mål ser kommunen på henvisningen som viktig, men det er opp til arbeidsgiver og vurdere det faglige aspektet ved enhver tilsetting.

A arbeider ved X, som ligger i et annet distrikt i kommunen enn Y hvor hun har søkt om å benytte fortrinnsretten. Søknaden begrenset seg til 25 % stilling, dvs. 3 til 4 netter på fire uker. Det er kun to personer på arbeid, og av disse er kun en sykepleier. Vedkommende sykepleier har da et faglig ansvar for 21 institusjonsbrukere, 23 omsorgshjem, pluss alle hjemmebrukere i distriktet. Brukerne i kommunehelsetjenesten i dag har ofte komplekse utfordringer, og det setter store krav til kontinuitet. Kontinuiteten blir for dårlig med så få vakter pr måned. Kommunen vurderer det slik selv om A har arbeidet i hjemmesykepleien frem til år 2000, og har tatt ekstravakter.

Kommunen erkjenner at det ved sykdom, permisjoner etc. blir brukt ekstravakter som ikke er så kjent med rutinene, men dette er unntaksvis og ikke en tilfredsstillende løsning. Kommunen prøver å unngå ekstravakter når det lar seg gjøre. Det brukes små stillingsbrøker i helgene, og også elles, men det gjelder kun dagvakter. Ved tilsetting av nattvakter stiller kommunen helt andre krav til kjennskap om rutiner da disse arbeidstakerne ikke har noen andre å rådføre seg med.

Det vises til at flere sykepleiere har tatt ekstravakter i kommunen i andre distrikt. Kommunen mener, som nevnt, at dette ut fra en faglig vurdering ikke er tilfredsstillende. Det bemerkes at dette derfor ikke er en ønskelig løsning ved fast ansettelse hvis det samtidig er kvalifiserte søkere til hele stillingen. Kommunen har ikke motforestillinger mot økte stillingsandeler på nattevakter dersom den ansatte kommer fra samme distrikt. En slik praksis er gjennomført i flere tilfeller, også A har jobbet i en lik løsning som vikar i sitt distrikt.

Ved tilsetting legges det også vekt på graden av ulempe for kommunen. Kommunen vurderte dette tilfelle som en vesentlig ulempe i forhold til vaktbelastning ved spesialturnuser (helg og høytidsturnuser). Ved at de omtalte søkerne er tilsatt i samme kommune skal fridager i tilknytning med helgedager ses på samlet. Men ved at søkerne her er i forskjellige distrikter blir dette en ulempe. Kommunen legger til grunn at tvisteløsningsnemnda kjenner til ulemper ved å legge opp turnusordninger.

Tillitsmannsrepresentanten fra Norsk Sykepleierforbund var tilstede ved tilsettingen og står fullt ut bak vedtaket som er gjort med bakgrunn i faglige vurdering.

Twisteløsningsnemndas merknader

Twist 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 kommunen i brev av 31.05.06. A brakte tvisten inn for tvisteløsningsnemnda i brev av 11.06.06. 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. Ved vurderingen av om arbeidstaker er kvalifisert kan det, i henhold til lovens forarbeider, tas hensyn til både faglige og personlige forutsetninger.

Til kvalifikasjonsspørsmålet vil nemnda bemerke at de saksbehandlingsregler som gjelder for nemnda, hvor nemnda som hovedregel baserer sine avgjørelser på skriftlige saksfremstillinger, vil nemnda i den enkelte konkrete sak kunne få vanskeligheter med å belyse tilfredsstillende alle de sider av saksforholdet som er av betydning for kvalifikasjonsproblemstillingen. På bakgrunn av saksforholdet i denne aktuelle saken finner imidlertid ikke nemnda at dette fremstår som særlig problematisk. Ut fra sakens opplysninger legger tvistenemnda til grunn at A har høy kompetanse som sykepleier, både gjennom lang erfaring og gjennom tilleggsutdanning. A tilfredsstiller således i utgangspunktet kvalifikasjonskravene for å kunne utøve fortrinnsretten.

Kommunen har anført at klager ikke har de nødvendige kvalifikasjoner til denne stillingen fordi hun kommer fra et annet distrikt og fordi det dreier seg om en lav stillingsandel. Nemnda har forståelse for at lokal tilknytning kan gi fordeler som økt kontinuitet og økt kunnskap om den enkelte bruker. Nemnda kan imidlertid ikke se at dette kan tillegges avgjørende vekt i forhold til hennes rett til å benytte fortrinnsretten etter § 14-3, da utførelsen av den aktuelle stillingen, sett hen til stillingens art og innhold, ikke kan sies å være betinget av lokal kunnskap. Etter nemndas syn må det kunne forutsettes at A, med sin erfaring og formelle kompetanse, vil kunne utføre de aktuelle arbeidsoppgavene på en selvstendig og tilfredsstillende måte. Dette selv om hun ikke fra før er ansatt i samme distrikt i kommunen. A sin lange fartstid fra kommunens helsesektor vil dessuten styrke hennes forståelse og innsikt i de lokale forhold, herunder rutiner og kjennskap til pasienter. Etter dette legger nemnda til grunn at A innehar den nødvendige kvalifikasjoner for stillingen.

Fortrinnsretten er videre betinget av at utøvelse av retten ikke 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) kap 17.2.6 s. 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 de nevnte forarbeider vil forbeholdet om vesentlig ulempe blant annet innebærer 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.

Nemnden legger til grunn at en 25 % reststilling isolert vil utgjøre en vesentlig ulempe for kommunen. Nemnda legger imidlertid til grunn at det også i forhold til den omstendighet at arbeidsgiver vil bli sittende igjen med en lav stillingsandel, må foretas en konkret vurdering i den enkelte sak om hvorvidt dette vil innebære en vesentlig ulempe.

Det er på det rene at det i denne saken har vært gjort gjeldende fortrinnsrett for den andre halvparten av den ledige stillingen (jf. tvisteløsningsnemndas vedtak i sak nr. 19/2006) fra en annen kvalifisert søker med ansettelsessted Y. Det er opplyst i saken at det i de to aktuelle søknadene fremkom at søkerne ønsket å dele denne stillingen med 25 % hver. At dette var en realitet bekreftes videre av det faktum at begge disse søkerne har innbrakt det forhold at de ikke fikk stillingen til tvisteløsningsnemnda. På denne bakgrunn legger nemnda til grunn at kommunen i denne konkrete saken, allerede ved behandlingen av de aktuelle søknadene var klar over at man ikke ville bli sittende igjen med en reststilling på 25 %. Den omstendighet at en 25 % stillingsandel normalt vil innebære lite kontinuitet i forhold til brukerne kan etter nemndas oppfatning ikke tillegges avgjørende betydning, da mindre kontinuitet fra A vil veies opp av at den andre søkeren ville få utvidet sin stillingsandel. Etter nemndas syn innebærer

derfor ikke den omstendighet at fortrinnsretten her bare gjøres gjeldende for halvparten av stillingen noen vesentlig ulempe for kommunen. Nemnda vil understreke at dette resultatet bygger på en konkret vurdering basert på den omstendighet at man her har å gjøre med to kvalifiserte søkere, med forholdsvis lang fartstid i kommunen, som klart har uttrykt ønske om å dele den aktuelle stillingen.

Kommunen anfører videre at ulempen knyttet til vaktbelastningen ved helge- og høytidsturnuser blir vesentlig ved at kun to personer skal dele vaktene. Kommunen har derfor sett det som nødvendig å ansette en tredje arbeidstaker som også kan ta disse vaktene. Nemnden ser at det vil være lettere å fordele slike vakter på tre ansatte. Den ser videre at det generelt er ulemper knyttet til å administrere flere små stillinger, herunder koordineringen av flere forskjellige arbeidsplaner. Problemer knyttet til turnusplanleggingen, herunder helge- og høytidsvakter, er imidlertid en utfordring generelt i helsevesenet. Slik saken er opplyst mener nemnda at det fra kommunens side ikke i tilstrekkelig grad er sannsynliggjort at utøvelse av fortrinnsrett konkret i forhold til A vil gi slike urimelige utslag for virksomheten som loven krever. Ut fra saksopplysningene er det ikke noe som tyder på at A ikke vil være fleksibel i forhold til å finne frem til en hensiktsmessig løsning for arbeid i helg- og høytider, og som vil ivareta behovet i begge distrikter. Nemnda har derfor kommet til at hun fyller vilkårene for å utøve fortrinnsrett etter loven.

Medlemmet Dahlstrøm har bedt om følgende særmerknad: ”Når det oppstår tvist om fortrinnsrett for deltidsansatte etter arbeidsmiljøloven § 14-3, fjerde ledd må arbeidsgiver, etter mitt syn, forutsetningsvis avvente tilsetting inntil tvisteløsningsnemnda har avgjort tvisten. En slik forutsetning synes også å fremgå av en naturlig fortolkning av loven og lovens formål. Det følger av arbeidsmiljøloven § 14-3, fjerde ledd at tvist om fortrinnsrett skal ”avgjøres” av tvisteløsningsnemnda. Det fremgår videre av arbeidsmiljøloven § 17-2, annet ledd at nemndas konklusjon skal stå ved lag ved eventuell domstolsprøving. En annen forståelse av loven innebærer at disse bestemmelsene vil være uten realitet for arbeidstaker, ut over muligheten til å kreve erstatning. En slik konsekvens kan ikke være i samsvar med lovens formål om å styrke arbeidstakers rett til å få utvidet stillingsbrøk ved uønsket deltid. Det vises i den forbindelse til Ot.prp.nr. 49 (2004-2005) kapittel 17.2.6. Departementet har også vist til at fortrinnsretten kan være et viktig likestillingspolitisk tiltak.”

Konklusjon

A har rett til å utøve fortrinnsrett etter arbeidsmiljøloven § 14-3.

Vedtaket er enstemmig.

Tvisteløsningsnemnda

Hanne Inger Bjurstrøm
leder

Oslo, 06.11.06

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.