

VEDTAK I TVISTELØSNINGSNEMNDA

For behandling av sak nr 12/07 i tvisteløsningsnemnda ble det onsdag 9. mai 2007 avholdt møte i departementsbygningen i Akersgata 59 (R5).

Ved behandlingen av saken var tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Wenche Elizabeth Arntzen (leder, vararepresentant), Elisabeth Lea Strøm (NHO) og Anette Lunde Barlinn (LO)

Særskilt oppnevnte medlemmer

Advokat Tore Dahlstrøm, NSF
Advokat Øyvind Gjelstad, KS

Saken gjelder

Tvist om fortrinnsrett for deltidsansatt etter arbeidsmiljøloven § 14-3

Arbeidstaker

A

Arbeidsgiver

B

Det ble truffet slikt

vedtak:

Saksforhold

A er ansatt som sykepleier hos B v/ tjenestested X. Hun er fast ansatt, med en stillingsandel på 50 prosent.

I søknadsskjema datert 5. desember 2006 søkte A 50 prosent fast stilling som syke-/vernepleier i kommunen, med sikte på å få utvidet stillingen sin til 100 prosent. Det var i denne forbindelse utlyst tre 50 prosent stillinger. Ved brev av 19. januar 2007 fra kommunen ble A meddelt at hun ikke ble tilsatt i noen av stillingene.

Ved brev av 12. februar 2007 brakte Norsk Sykepleierforbund (heretter NSF) saken inn for tvisteløsningsnemnda på vegne av A. Overfor nemnda har begge parter fått anledning til å komme med utfyllende merknader. Det vises i denne forbindelse til brev av 3. april 2007 fra B og brev av 24. april 2007 fra NSF.

Arbeidstakers anførsler

På vegne av A anfører NSF i det vesentligste:

I kommunens brev av 30. mars 2007 til tvisteløsningsnemnda gis det uttrykk for samme holdning som sykepleiere flest i Y fylke opplever ved søknad om økning av stillingsandelen.

Ved slike søknader argumenterer arbeidsgivere med at turnusen ikke vil gå opp dersom sykepleiere får øket stillingsandelen, eller at økning av stillingsandelen vil medføre mer helgearbeid. Dersom dette skal være arbeidsgivers argumenter for å fremme ”vesentlige ulemper”, vil sykepleiere etter hvert måtte se langt etter arbeid som gir grunnlag for å forsørge seg selv. Det samme gjelder i forhold til pensjon utover minstepensjon. Sykepleierforbundet i Y fylke har i denne sammenheng merket seg at arbeidsgiversiden har stadig større søkelys rettet mot delte stillingsprosenter for å få turnusen til å gå opp.

Det har vært en markert holdningsendring på arbeidsgiversiden de siste 5-7 år. På 1990 tallet var det en politisk målsetning i KS området (inkludert de fylkeskommunale sykehusene) at ingen skulle arbeide mer enn hver tredje helg, og det var den gang lite søkelys på at turnusene ikke ville gå opp. Slik NSF ser det har ikke kommunene i tilstrekkelig grad tatt inn over seg at det koster å ha et godt helsetilbud.

Dersom den aktuelle lovbestemmelsen skal ha mening for arbeidstakerne, kan det ikke anføres argumenter knyttet til helgebemanning. NSF mener at kommunen i stor grad selv bestemmer de økonomiske rammene for de ulike sektorer.

Av kommunens vurdering i saken fremgår at A vurderes som kvalifisert arbeidstaker, men det anføres at hun ikke ønsker utvidet arbeidstid knyttet til helgearbeid.

Det er korrekt at A ikke ønsker ytterligere helgearbeid som følge av utvidet stilling. Årsaken er:

Når kommunen etterspør hyppigere helgearbeid, innbefatter det tredje hver helg også i tilleggsprosenten. Dette innebærer arbeid to helger på rad flere ganger i turnusperioden. På denne bakgrunn svarte A nei til ytterligere helgearbeid. Dersom det hadde vært aktuelt med f.eks. en ekstra helg i løpet av en turnusperiode, ville A gjort andre vurderinger. Det er imidlertid ikke noe alternativ fra kommunen, dens tilbud er knyttet til å doble helgebelastningen for de som ønsker utvidet stilling.

Videre anfører kommunen at den ikke får dekket behovet for arbeidskraft og kompetanse i forhold til tjenestebehovet. Det kan i denne forbindelse nevnes at A trolig har lengst ansiennitet av søkerne til de aktuelle stillingene.

NSF mener det er dårlig praksis at arbeidsgiver legger til grunn små stillingsprosenter for å få dekket inn absolutt minimumsbemanning. Også sykepleiere må kunne leve av arbeidet sitt.

Arbeidsgivers anførsler

Kommunen anfører i det vesentligste:

Generelt har kommunen som målsetning å redusere omfanget av uønskede deltidsstillinger. På denne bakgrunn ble det høsten 2006 gjennomført en kartlegging av pleie- og omsorgstjenesten i kommunen for å få oversikt over ansatte som ønsket utvidet stilling. Kartleggingen viste at det var ansatte som ønsket utvidet stilling. I årsmeldingen fra kommunen for 2006 heter det i denne forbindelse at ”kommunen vil legge til rette for at

deltidsansatte som ønsker utvidet stilling får anledning til det så sant dette ikke medfører vesentlige ulemper for driften”.

I medarbeiderundersøkelse i mars 2006 ble det blant annet spurt om hvor fornøyd ansatte er med ”muligheten for å få en stillingsstørrelse som er tilpasset dine behov”. Her oppnådde pleie- og omsorgstjenesten i kommunen en score på 4.5. Landsgjennomsnittet for tilsvarende spørsmål er 4.4.

Bakgrunnen for den foreliggende saken er:

Kommunen opprettet to nye stillinger på grunn av endringer i tjenestebehov og nye brukere. En stillingsressurs tilsvarende 50 prosent stilling ble tillagt andre deltidsstillinger, samtidig som en stillingsressurs tilsvarende 150 prosent stilling ble utlyst som 3 x 50 prosent stillinger.

Hovedformålet var å styrke bemanningen i arbeidstidsplanen med en person hver helg, og stillingene ble derfor utlyst med helgearbeid hver tredje helg. A, som for tiden er fast ansatt i 50 prosent stilling, var søker til en av stillingene. Hennes nåværende stilling inngår i arbeidsordningen med arbeid hver tredje helg. A søkte om å få utvidet sin stilling til 100 prosent, men hun ønsket ikke ytterligere helgearbeid i utvidet stilling.

Kommunen vurderer saken slik:

A er en kvalifisert arbeidstaker. Ved å tilsette henne i en av de utlyste stillingene, ville ikke kommunen fått løst behovet for arbeidskraft knyttet til helgearbeid. Kommunen ville stått igjen med et udekket behov på om lag 25 prosent stilling med arbeid hver tredje helg. Pleie- og omsorgstjenesten i kommunen har erfaring med at de ikke klarer å rekruttere fagpersonell til så små stillinger. Videre er det erfaringsmessig lite ønskelig å ha ansatte som bare utfører helgearbeid, fordi det er vanskelig å nå disse ansatte med opplæring, informasjon ved endringer mv.

I forbindelse med utarbeidelse av nye arbeidstidsplaner høsten 2006 gjennomførte kommunen en kartlegging av holdningen hos de ansatte i forhold til å utføre helgearbeid oftere enn hver tredje helg. Dette ønsket ikke de ansatte.

Ved vurderingen av As søknad konkluderte kommunen med at hun var en kvalifisert søker, men at arbeidsgiver ved å gi fortrinnsrett til henne ikke ville få dekket behovet for arbeidskraft og kompetanse i forhold til tjenestebehovene som skulle dekkes. A fikk derfor ikke utvidet sin stilling fra 50 prosent til 100 prosent.

Tvistløsningsnemndas 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.

A søkte en av tre utlyste 50 prosent sykepleierstillinger, med sikte på å få utvidet sin stilling til 100 prosent. Ved brev av 19. januar 2007 fra kommunen ble A meddelt at hun ikke ble tilsatt i noen av stillingene. NSF brakte saken inn for tvisteløsningsnemnda på vegne av A ved brev av 12. februar 2007. På denne bakgrunn er saken rettidig innbrakt for nemnda, jf forskrift om tvisteløsningsnemnd etter arbeidsmiljøloven § 3 tredje ledd.

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.

Arbeidsgiver har ikke reist tvil om at A er kvalifisert for den utlyste stillingen. Tvisten knytter seg til hvorvidt det representerer en vesentlig ulempe for arbeidsgiver at A utøver fortrinnsretten.

Nemndas flertall, advokat Wenche Elizabeth Arntzen, advokat Anette Lunde Barlinn og advokat Tore Dahlstrøm, bemerker at formålet med arbeidsmiljøloven § 14-3 er å sørge for at arbeidstakere som ønsker å arbeide full tid, i størst mulig utstrekning skal gis mulighet for dette. I forarbeidene til bestemmelsen er spesielt likestillingshensynet trukket frem, og bestemmelsen vil derfor særlig få betydning innenfor kvinnedominerte yrker i eksempelvis helsesektoren, som også vår sak gjelder.

Arbeidsgiver har i dette tilfelle delt opp to heltidsstillinger i fire 50 prosent stillinger. Den ene 50 prosent stillingen er tillagt en annen deltidsstilling, hvilket i praksis vil si at fortrinnsretten er hensyntatt for så vidt gjelder denne ene stillingen. Når det gjelder de tre øvrige stillingene, har arbeidsgiver uttalt:

”Hovedintensjonen var her å styrke bemanninga i arbeidstidsplanen med ein person kvar helg. Stillingane vart difor lyst ledig med helgearbeid kvar tredje helg.”

Problemet i saken oppstår fordi A har gitt uttrykk for at hun ikke ønsker ytterligere helgearbeid i det hun i sin nåværende stilling allerede arbeider hver tredje helg. I forbindelse med klagesaken for tvisteløsningsnemnda er dette presisert dit hen at hun motsetter seg helgearbeid to helger på rad, men at hun for eksempel er villig til å arbeide en ekstra helg i løpet av turnusperioden. Det er uklart om og på hvilken måte dette eventuelt ble kommunisert til arbeidsgiver i forbindelse med selve tilsettingssaken. Det er imidlertid ingen ting som tyder på at hun har endret standpunkt under klagesaken for tvisteløsningsnemnda.

Som arbeidsgiver påpeker, innebærer en utøvelse av fortrinnsrett i dette tilfellet at deler av helgebemanningsbehovet fortsatt står udekket. Nemnda finner det klart at dette er en ulempe for arbeidsgiver. Spørsmålet er imidlertid om ulempen er vesentlig i lovens forstand.

I Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) side 227 står det 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 helgearbeid 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 arbeidstidspunkter (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.”

Det fremgår av det siterte at arbeidsgiver etter omstendighetene vil kunne motsette seg at fortrinnsretten gjøres gjeldende dersom nytilsettinger er nødvendige for å dekke bemanningsbehovet i helgene. Det kreves imidlertid en kvalifisert eller vesentlig ulempe også i slike situasjoner, og flertallet kan ikke se at dette er tilstrekkelig dokumentert av arbeidsgiver i saken her. Arbeidsgiver har ikke opplyst hvor mange sykepleiere som går i samme turnus eller hvor lang turnusperioden er, og følgelig ikke sannsynliggjort at utøvelse av fortrinnsretten i dette konkrete tilfellet vil føre til brudd på lovens regler om ukentlig hvile.

Arbeidsgiver har opplyst at det høsten 2006 i forbindelse med utarbeiding av nye arbeidstidsplaner ble kartlagt at tilsetningsgruppa ikke ønsket helgearbeid oftere enn hver tredje helg.

Nemnda har imidlertid ikke grunnlag for å vurdere om fortrinnsretten i dette tilfellet ville ha medført ”et betydelig innslag av arbeid på ubekvemme tidspunkter” for de øvrige ansatte.

I en situasjon som den foreliggende må det påhvile arbeidsgiver å godtgjøre at lovens krav om vesentlig ulempe foreligger, utover en generell henvisning til en eksisterende helgeturnus hver tredje uke.

Slik flertallet ser det, bør ulempevurderingen foretas i et noe mer langsiktig perspektiv. Det burde bl.a. vært opplyst om det hadde vært mulig å endre arbeidsplaner og oppgavefordeling med tanke på å øke antall fulltidsstillinger. I dette tilfellet ville det også vært naturlig at arbeidsgiver hadde kommentert den ordning som ble skissert av arbeidstakersiden med vakt en ekstra helg innenfor turnusperioden. Det kunne videre vært ønskelig med en redegjørelse for hvordan helgebehovet ble ivaretatt før de tre siste tilsettingene.

Ved avveiningen av arbeidstakers og arbeidsgivers interesser, legger flertallet betydelig vekt på lovens formål om å redusere ufrivillig deltid, og da særlig i de kvinnedominerte yrker. Flertallet har også merket seg Stortingets forutsetning om at unntaket fra fortrinnsretten skulle praktiseres med forsiktighet, jfr. Inst. O. nr. 100 (2004-2005) hvor komitéflertallet uttaler følgende:

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

Slik denne saken er opplyst, finner flertallet at det ikke er tilstrekkelig grunnlag for å konstatere at fortrinnsretten vil innebære en vesentlig ulempe for arbeidsgiver.

Nemndas mindretall, advokat Elisabeth Lea Strøm og advokat Øyvind Gjelstad, vil særlig bemerke at A ønsket å få utvidet sin eksisterende 50 prosent stilling som innebar arbeid hver tredje helg, til 100 prosent, men ønsket ikke mer helgearbeid. Helgearbeidet utgjør ca halvparten av den omsøkte 50 prosent stillingen. Konsekvensene av å gi henne fortrinnsrett på disse betingelsene må nødvendigvis være at andre ansatte må redusere sin ukearbeidstid og øke sin helgearbeidstid. I og med at stillingsressursen på 50 prosent er ”brukt opp” må problemet med helgebelastningen løses gjennom intern omrokering av arbeidsbelastningen. Fortrinnsrettsbestemmelsen kan ikke innebære en plikt for arbeidsgiver til å øke bemanningen ut over kommunens definerte behov for stillingshjemler.

I forbindelse med utarbeiding av nye arbeidsplaner høsten 2006 ble det gjennomført en kartlegging hos de tilsatte i forhold til å utføre helgearbeid oftere enn hver tredje helg. Dette ønsket ikke de tilsatte. På denne bakgrunn må kommunen ha utarbeidet turnusplaner og inngått avtaler med de tillitsvalgte om gjennomsnittsberegning av arbeidstiden.

Vi mangler kunnskap om hvor mange sykepleiere som kan dele på denne byrden på det aktuelle tjenestested. Erfaringsmessig, med en kommune på Xs størrelse, er det relativt få sykepleiere knyttet til det enkelte tjenestested. Til illustrasjon har B 38 sykepleiere fordelt på 28 årsverk (KOSTRA tall pr 1. desember 2006) som skal dekke kommunens samlede behov for sykepleierkompetanse innenfor helsetjenesten, sosiale tjenester, institusjonsbaserte pleie- og omsorgstjenester og hjemmebaserte pleie- og omsorgstjenester osv. Dette tilsier at det

sannsynligvis vil bli betydelig økt helgearbeidsbelastning på de gjenværende sykepleierne på dette aktuelle tjenestestedet.

Denne økningen i helgearbeidsbelastningen mot ansattegruppens ønsker, arbeidet med omlegging av turnusplaner og det sannsynlige behovet for å inngåelse av nye avtaler om gjennomsnittsberegning av arbeidstiden, innebærer etter mindretallets oppfatning en vesentlig ulempe for arbeidsgiver. I tillegg kommer de prinsipielle motforestillinger mot å åpne for denne type oppsplitting mellom stillingsandel og stillingsinnhold.

Her kan det vises til forarbeidene hvor det i Ot. prp. nr 49 (2004-2005) s. 330 uttales at bestemmelsen

”er slik å forstå at den ikke gir deltidsansatte adgang til å velge å utvide sin eksisterende stillingsbrøk ut fra egne preferanser. En deltidsansatt som vil gjøre fortrinnsrett gjeldende må ta hele den utlyste/ledige stillingen.”

Dette relaterer seg etter mindretallets oppfatning ikke utelukkende til stillingsandel men må også omfatte det nærmere innhold av stillingen.

B har anført at en utvidelse av As stilling til 100 prosent vil føre til vesentlig ulempe og vist til at kommunen praktiserer en ordning hvor den legger til rette for at deltidstilsatte som ønsker utvidelse av sin stilling får anledning til dette så sant det ikke fører til vesentlig ulempe for driften. I tråd med dette har en andel av de nyopprettede stillingen nettopp blitt benyttet til utvidelse av deltidsstillinger. Tvisteløsningsnemndas flertall reiser en rekke spørsmål hvor svarene ville belyst kjernespørsmålene i saken. Byrden av sakens opplysning er her i sin helhet lagt på arbeidsgiver uten at det av bestemmelsen i aml. § 14-3 følger noen regel om omvendt bevisbyrde.

Konklusjon

Arbeidstaker gis medhold

Tvisteløsningsnemnda

Wenche Elizabeth Arntzen
leder

Oslo, 28. juni 2007

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.

