

VEDTAK I TVISTELØSNINGSNEMNDA

For behandling av sak nr 48/07 i tvisteløsningsnemnda, ble det fredag 23. november avholdt møte i departementsbygningen i Akersgata 59 (R5).

Ved behandlingen av saken var tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Henning Harborg (leder), Elisabeth Lea Strøm (NHO) og Karl Inge Rotmo (LO)

Særskilt oppnevnte medlemmer

Cathrine Cruse Hennig (NSF)

Karin Ask Henriksen (SPEKTER)

Saken gjelder

Twist om fortrinnsrett for deltidsansatte etter arbeidsmiljøloven § 14-3

Arbeidstaker

A

Arbeidsgiver

B

Det ble truffet slikt

vedtak:

Saksforhold

A er fast ansatt som spesialsykepleier ved sykehuset X i 75 prosent stilling, med arbeidssted ved intensiv avdelingen.

I brev av 19. mai 2007 søkte A om utvidet stilling til 100 prosent i forbindelse med at det var foretatt eksternt utlysning av en 75 prosent fast stilling som spesialsykepleier ved intensiv avdelingen (stilling 92/07). Søknadsfristen for stillingen var utløpt, men i brevet ba A om at søknaden likevel ville bli vurdert. Sammen med to kolleger som også sto i stilling på 75 prosent ba A senere om at en annen ledig stilling på 75 prosent ble fordelt på dem. Dette ble av arbeidsgiver for alle tre behandlet som søknader om utvidelse av stilling fra 75 til 100 prosent, knyttet opp mot stilling 161/07 som hadde blitt ledig.

Klagerne ble 10. august 2007 orientert per e-post om at stilling 161/07 var besatt av andre. I dette lå implisitt et avslag på de tre kollegenes søknad om deling av stillingen med 25 prosent på hver.

Saken ble brakt inn for tvisteløsningsnemnda ved brev fra A. A brakte opprinnelig sak for nemnda 1. august 2007. Saken gjaldt ansettelsen som ble foretatt i den første stillingen hun søkte. Deretter tok arbeidsgiver stilling til den felles anmodningen som A og hennes to kolleger hadde fremsatt om å få dele *en annen* stilling med like brøker på de tre. På det tidspunktet arbeidsgivers avslag på den anmodningen kom, dvs. 10. august 2007, hadde altså A allerede brakt inn sak for nemnda. Etter å ha mottatt avslaget av 10. august 2007, ønsket imidlertid A – som hennes to kolleger – at det avslaget skulle prøves. Det er derfor avgjørelsen av 10. august 2007 som prøves i saken (som i sak 47/07 og 49/07).

Overfor nemnda har begge parter fått anledning til å komme med utfyllende merknader. I denne forbindelse vises det til brev av 11. oktober 2007 fra A, samt brev av 17. september 2007 og 24. oktober 2007 fra B.

Arbeidstakers anførsler

A anfører at hun etter reglene om fortrinnsrett for deltidsansatte har krav på å få utvidet sin stilling til en fulltidsstilling. Søknaden må ses i sammenheng med identiske søknader fra to av hennes kolleger som også arbeider i 75 prosent stilling ved samme avdeling, se nemndas vedtak i saker nr. 47/07 og 49/07.

På intensiv avdeling er det flere sykepleiere i 75 prosent stilling som ønsker å øke til 100 prosent, og de fleste av disse har langt over 20 års erfaring som sykepleier. Siste gang det ble utlyst en 100 prosent stilling ved intensivavdelingen var i 1998, noe som i praksis betyr at sykepleiere i 75 prosent stilling er avskåret fra å få økt stillingsandel dersom stillinger ikke deles opp. Ved oppdeling av stillinger henvises ansatte til å arbeide tilnærmet annenhver helg.

Arbeidstaker stiller spørsmål ved at det ansettes offentlig godkjent sykepleier ved utlysning av stilling som intensivsykepleier, i og med at det er flere intensivsykepleiere som ønsker økt stillingsandel. Samtidig bemerker arbeidsgiver at en intensiv avdeling krever kompetent personale hele døgnet, og intensivavdelingen ved sykehuset flyter på en grunnstamme spesialsykepleiere med lang erfaring.

Det argumenteres med at de ansatte må jobbe flere helger for å få flere hele stillinger, men det er allerede svært stor ubekvembelastning ved intensiv avdelingen. En tredelt turnus medfører som kjent økt helserisiko.

Etter innføring av årsplan ble antall helger økt fra 15 til 17 uker, men uten at det ble flere hele stillinger. Det jobbes allerede mer enn hver tredje helg. Det blir leid inn og forskjøvet vakter svært ofte i helgene. I en årsplan har ledelsen mulighet til å konvertere overtid, merarbeid, forskjøvet vakter og sykefravær til ressurser for å kunne øke stillingene til de deltidsansatte, noe som var det opprinnelige argumentet for innføring av årsplan. Flere avdelinger ved sykehuset benytter nettopp årsplanen til å konvertere ressurser for å kunne øke stillingsbrøker.

Arbeidsgivers anførsler

Intensiv avdelingen på X har 28,75 årsverk. Arbeid i helger og vaktbelastningen er avgjørende for hvor mange personer som det til enhver tid er behov for i turnusen. Minimumsbemanning i helgene er fire på dag, fire på kveld og tre på natt. Med andre ord må det være 11 personer for å bemanne en helg, noe som igjen betyr at det må være minst 33 personer i turnusen dersom alle arbeider hver tredje helg. En ansatt i 100 prosent stilling ved intensiv avdeling arbeider ni nattevakter på 12 uker, 17 kveldsvakter og 26 dagvakter.

En ansatt i 75 prosent stilling arbeider åtte nattevakter, 11 eller 12 kveldsvakter, 18 eller 19 dagvakter. Alle har nattevaktshelg med tre netter à 10 timer hver 12. uke.

En intensiv avdeling krever kompetent personale hele døgnet. Ut fra medisinsk faglige hensyn har arbeidsgiver vurdert det som uforsvarlig å ansette sykepleiere uten erfaring og spesialutdanning i mindre enn 75 prosent stillinger, da de ikke vil klare å utvikle seg til gode intensiv sykepleiere på mindre stillingsandeler. Rutinerte spesialsykepleiere klarer å gå i mindre stillingsandeler og kan holde seg faglig oppdatert for en periode. Intensiv avdelingen har i flere år hatt en turnus med bare helgearbeid hver tredje helg, som har vært besatt av rutinerte spesialsykepleiere etter eget ønske.

Avdelingen må være bemannet med godt kvalifisert personale hele døgnet. Avdelingsledelsen mener at en utvidelse av stillingsandelen for noen vil føre til mindre stillingsandeler for andre, eller at det ikke blir tilstrekkelig bemanning i helgene. Dette vil føre til vesentlig ulempe for avdelingen.

Det har ikke vært utlyst en 100 prosent stilling ved avdelingen siden 1998 da avdelingen har hatt svært liten turn over, samt at avdelingen har ansatte i 100 prosent stilling som har gått i midlertidig redusert stilling.

A var søker til den aktuelle stillingen sammen med kolleger ved avdelingen, og alle krevde økning av stillingsbrøk fra 75 prosent til 100 prosent. Dersom arbeidsgiver hadde imøtekommet kravene om økning av stillingsbrøk, slik at den ledige stillingen på 75 prosent skulle deles på tre arbeidstakere, hadde ikke avdelingen hatt tilstrekkelig bemanning til å kunne dekke opp turnusen.

For å kunne imøtekomme kravene måtte det i så tilfelle opprettes flere stillingshjemler, noe som er lite realistisk med bakgrunn i kravet til økonomisk balanse i B. Alternativt kunne man tilsette sykepleiere i 50 prosent stillinger for å få turnusen til å gå opp, men som nevnt gir ikke 50 prosent stillinger nok kontinuitet til å utvikle en stabil intensiv kompetanse. Dette vil igjen føre til større arbeidsbelastning for de andre sykepleierne ved avdelingen, noe som på sikt vil kunne være uheldig for rekrutteringen til avdelingen.

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. Søknad om fortrinnsrett for A ble avslått av arbeidsgiver i e-post av 10. august 2007. A brakte tvisten inn for tvisteløsningsnemnda ved udatert brev, mottatt 1. august 2007 av sekretariat for nemnda. Det vises til den nærmere beskrivelsen under saksbeskrivelsen ovenfor. Saken anses 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.

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 sammen med to kollegaer.

Nemndas flertall, Henning Harborg, Karl Inge Rotmo og Cathrine Cruse Hennig 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. Å ha fulltidsstilling må etter flertallets oppfatning regnes som et vesentlig retts gode, og flertallet ser den nye bestemmelsen i arbeidsmiljøloven som et uttrykk for dette. Som det følger av forarbeidene kan uønsket deltid for den enkelte arbeidstaker innebære både økonomiske og sosiale kostnader. 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.

A er en av tre ansatte i stilling på 75 prosent som ønsker fortrinn til ytterligere 25 prosent fremfor at det ansettes en ny person i den stillingen på 75 prosent som er utlyst. Etter forarbeidene kan som hovedregel ikke en deltidsansatt som gjør fortrinnsrett gjeldende velge en brøk/andel av en ledig stilling, men må akseptere hele den utlyste stillingen. Det følger imidlertid også av forarbeidene at dersom den utlyste stilling er en mindre stillingsbrøk som kan kombineres med den stillingsandel vedkommende har, må utgangspunktet være at vedkommende kan utøve fortrinnsrett. Flertallet er av den oppfatning at tilsvarende betraktninger må tilsi at tre søkere kan gjøre krav på hver sin andel av en utlyst deltidstilling når denne samlet sett kan kombineres med deres stillinger. Flertallet bemerker at i et tilfelle som dette – der arbeidsgiver ikke ønsker lavere stillingsandeler enn 75 prosent – vil en slik løsning være den eneste praktikable for å gjennomføre fortrinnsrett i tråd med lovens hovedregel.

Arbeidsgiver påpeker at en utøvelse fortrinnsrett i dette tilfellet vil innebære at avdelingen ikke vil ha tilstrekkelig bemanning til å dekke opp turnusen med nåværende grunnbemanning. Nemnda finner det klart at dette er en ulempe for arbeidsgiver, men spørsmålet er om ulempen er vesentlig i lovens forstand.

Arbeidsgiver har anført at avdelingen er avhengig av 33 ansatte for å få turnusen til å gå opp. Kombinert med et ønske om at få eller ingen skal ha en mindre stillingsandel enn 75 prosent og det faktum at avdelingen kun har 28,75 årsverk, innebærer det at arbeidsgiver belager seg på at flere enn halvparten av de ansatte skal være deltidsansatte. Etter flertallets 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. Men flertallet er av den oppfatning at å belage seg på en varig situasjon der mer enn halvparten av de ansatte må være deltidsansatte, er å strekke dette for langt. Flertallet kan heller ikke se at det er dokumentert at den høye andelen med deltidsstillinger er nødvendig for å unngå å komme i konflikt med lovens regler om ukentlig hvile. Flertallet finner derfor at det i denne situasjonen ikke foreligger en vesentlig ulempe på dette grunnlag.

I forarbeidene (Ot.prp. nr. 49 for 2004-2005 side 227) heter det videre at det kan være relevant å påberope seg at fortrinnsretten fører til vesentlig ulempe der flere av de øvrige arbeidstakerne får et betydelig innslag av arbeid på ubekvemme arbeidstidspunkter (natt- eller søndagsarbeid), fordi det er færre personer å dele arbeidet på. Det må imidlertid erindres at kravet til vesentlig ulempe innebærer at det ikke er tilstrekkelig å påberope en *generell* ulempe. Å redusere antallet deltidsstillinger ved avdelinger som denne vil alltid medføre den ulempe for arbeidsgiver at det vil være vanskeligere å få turnusen til å gå opp. Arbeidsgiver kan derfor ikke i ethvert tilfelle bruke dette som argument for å nekte utøvelse av fortrinnsretten. Flertallet viser i denne sammenheng til Stortingets klare forutsetning om at

unntaket fra fortrinnsretten skal 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.”

Etter flertallets oppfatning vil derfor slike forhold som nevnt i forarbeidene først og fremst kunne utgjøre en vesentlig ulempe der problemet må forventes å være av forbigående karakter – dvs. der man for tiden står i en ekstraordinær situasjon der man er særskilt sårbar for slike endringer. I dette tilfellet argumenterer imidlertid arbeidsgiver slik at enhver utvidelse fremstår som uaktuell inntil noen slutter i en fulltidsstilling. Det er vanskelig å se at en slik holdning er i overensstemmelse med Stortingets forutsetninger. Det må i denne sammenheng ha betydning at arbeidsgiver ikke har dokumentert noen konkrete tiltak med det siktemål å løse problemene til de ufrivillige deltidsansatte. Det er etter flertallets oppfatning symptomatisk at arbeidsgiver ikke siden 1998 har ansatt noen i fulltids stilling ved denne avdelingen.

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

Mindretallet, Elisabeth Lea Strøm og Karin Ask Henriksen er av den oppfatning at det vil innebære en vesentlig ulempe for arbeidsgiver om klager i dette konkrete tilfelle gis medhold i sitt krav om fortrinnsrett.

Mindretallet legger til grunn at minimumsbemanningen på avdelingen må være minst 33 dersom turnusen med fri hver tredje helg skal følges. Arbeidsgiver har forespurt de andre sykepleierne ved avdelingen om de kan arbeide flere helger enn det som følger av turnusen for at kollegaer skal få utvidet sin stillingsandel, men dette har det ikke vært interesse for. En fortrinnsrett for klager vil således medføre at andre ansatte må arbeide flere helger enn hva den fastlagte turnusen tilsier, og dette vil etter mindretallets oppfatning innebære en vesentlig ulempe. Det vises her til hva som er sagt om ”vesentlig ulempe” i Ot. prp. nr 49 side 227 hvor det heter ”*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 ved at flere av disse får et betydelig innslag av arbeid på ubekvemtidspunkter (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*”.

Da det tariffrettslig vil være et problem å pålegge de ansatte som en fast ordning helgearbeid utover det den fastlagte turnusen tilsier, vil resultatet av å gi de ansatte fortrinnsrett medføre at sykehuset pålegges å øke grunnbemanningen, og dermed også sine budsjetter. Dette må etter mindretallets oppfatning anses som en vesentlig ulempe. Slik mindretallet ser det kan det ikke ha vært lovgivers intensjon at tvisteløsningsnemnda skal kunne pålegge sykehusene økte utgifter i form av flere stillinger enn nødvendig.

Mindretallet er også av den oppfatning at det ikke kan være riktig å se på hvor mange deltidsstillinger og fulltidsstillinger det er på de enkelte avdelinger ved sykehuset. Sykehuset er en arbeidsgiver og hele sykehuset må således sees under ett. På avdelinger hvor det av hensyn til pasientbehandlingen er nødvendig med en jevn bemanning med høy kompetanse,

vil det nødvendigvis, ikke minst på grunn av tariffavtales bestemmelser om helgefri, måtte være flere hoder å fordele vaktene på. Det må derfor, slik mindretallet ser det, aksepteres at det på visse avdelinger må være en del deltid. Sykehuset synes imidlertid å ha fulgt opp intensjonen med fortrinnsrettsbestemmelsen ved å ha tilbudt en deltidsansatt, C utvidet stilling. Sykehuset bør imidlertid søke å gi de deltidsansatte muligheter for å kunne fylle opp sine stillinger ved ledighet på andre avdelinger.

Konklusjon

Arbeidstaker gis medhold i sitt krav om fortrinnsrett etter § 14-3.

Tvisteløsningsnemnda

Henning Harborg, leder

Oslo, 28.03.08

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.