

VEDTAK NR 40/09 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Tvisteløsningsnemnda avholdt møte tirsdag den 30. juni 2009 i Arbeidstilsynets lokaler i Lillestrøm.

Ved behandlingen av saken var tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

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

Særskilt oppnevnte medlemmer

Tore Dahlstrøm, NSF
Karin Ask-Henriksen, Sykehuset Buskerud HF

Saken gjelder

Tvist om fortrinnsrett for deltidsansatte etter arbeidsmiljøloven § 14-3

Arbeidstaker

A

Arbeidsgiver

B

Det ble truffet slikt vedtak:

Saksforhold

A er ansatt som spesialsykepleier i stilling på 75 prosent ved intensivavdelingen hos B.

A søkte om utvidelse til stilling på 100 prosent ved utlysning av to stillinger på 75 prosent som spesialsykepleier/sykepleier på intensivavdelingen fra 1. juni 2009 - ID nr. 55/09.

I tillegg til A var det tre andre søkere som krevde fortrinnsrett til stillingsutvidelse. Den ene av søkerne hadde opprinnelig full stilling ved en annen avdeling og søkte seg frivillig over til intensiv i stilling på 75 prosent. Arbeidsgiver vurderte det derfor slik at det ikke var aktuelt å vurdere denne arbeidstaker som aktuell for fortrinnsrett til stillingsutvidelse. De tre andre søkerne som ved siden av A har krevd fortrinnsrett, har i dag stillinger på 75 prosent, 75 prosent og 90 prosent. A har lengst ansiennitet av disse tre.

I den ene stillingen ble det tilsatt en intern søker med fast stilling på 50 prosent, mens det i den andre stillingen ble tilsatt en intern søker med stilling på 75 prosent. A søknad ble avslått i e-post av 3. april 2009.

Intensivenheten på B har plass til åtte senger, og er en kombinert postoperativ/intensiv enhet. Enheten har et ujevnt pasientbelegg og bemannes ut fra et gjennomsnitt. Dette innebærer at det i perioder blir arbeidet overtid/mertid. Driften er forskjellig fra intensivavdelinger ved universitetssykehus, der det er konstant fullt belegg og nesten ferdigbehandlede pasienter blir overflyttet til intermediær avdeling.

Intensivenheten på B har 30,7 årsverk. Minimumsbemanning i helgene er fire på dag, fire på aften og tre på natt, altså må det være 11 personer for å bemanne ei helg. Det betyr at det må være minst 33 personer i turnusen dersom alle arbeider hver tredje helg. I dag er det 35 personer tilsatt ved intensivenheten, 18 i full stilling og 17 i deltidsstillinger.

Saken ble oversendt sekretariatet for tvisteløsningsnemnda ved udatert brev fra A. Brevet ble mottatt den 29. april 2009.

Overfor nemnda har begge parter fått anledning til å komme med utfyllende merknader i saken. Det vises til arbeidsgivers brev av 15. mai 2009 og e-post av 15. juni 2009, samt arbeidstakers brev av 18. mai 2009 og 12. juni 2009.

Arbeidstakers anførsler

A mener det ikke ville medføre vesentlig ulempe for arbeidsgiver å innvilge hennes søknad om full stilling, og anfører i det vesentligste:

A har i over 10 år hatt søknad om full stilling liggende inne hos B. Hun er utdannet intensivsykepleier fra 1977 og fra høsten 1984 har hun vært ansatt ved intensiv avdelingen hos B. Hun føler at hun har blitt straffet etter en operasjon med påfølgende rekonvalesens i 2007 ved at hun ikke fikk forlenget et vikariat hun hadde hatt siden 2000. Komplikasjonene etter operasjonen har ikke vært til hinder for arbeidskapasiteten, og hun har tatt på seg noe merarbeid for å avhjelpe en hardt presset intensivavdeling.

A opplever ofte at det er bruk for en erfaren sykepleier til å jobbe på ubekvemme vakter og/eller ved kort varsel. Dette tilfredsstillende ikke hennes ønsker om full stilling samtidig som motivasjonen for å stille opp ved behov avtar. B anførsel om at det vil være en vesentlig ulempe for enheten å innvilge hennes krav om utvidet stilling er vel i realiteten et spørsmål om at det blir færre å spørre om merarbeid.

A søkte ikke og ble heller ikke oppfordret til å søke på de små stillingsandelene ved kirurgisk poliklinikk og mottagelsen. Hun har jobbet i 25 år på intensivavdelingen, som intensivsykepleier og det er dette hun kan og vil jobbe med. Hun har også sagt seg interessert i en prosjektstilling i avdelingen.

Årsplanen som er innført har ført til at deltidsansatte ikke har arbeidstiden fordelt jevnt over året, men at deltidsansatte får større vaktbelastning i ferie- og høytider, nettopp for å redusere innleie av ferievikarer. A kan ikke se at dette er med på å redusere antallet deltidsstillinger.

Det anføres at det skal lite aktivitetsøkning til før arbeidsgiver påberoper seg retten til å pålegge overtid/ merarbeid. Det brukes svært mye på overtid og merarbeid i B generelt, og mye av dette er vakter på ubekvem arbeidstid, altså på kveld, natt og helg. Den totale vaktbelastningen for den enkelte blir således høyere enn det man kan lese ut fra turnusene. Dersom man ikke er villig til å tilføre midler for å løse deltidsproblematikken og argumenterer mot høyere grunnbemanning må det tolkes dit hen at arbeidsgiver baserer seg på at noen jobber ufrivillig deltid. Kravet til økonomisk balanse vil alltid være til stede, og dårlig sykehusøkonomi vil alltid kunne brukes som et argument mot å kunne gjøre noe med ufrivillig deltid.

Arbeidsgivers anførsler

B opplyser at det gjøres mye for å få ned ufrivillig deltid ved sykehuset, men at det ville medføre vesentlige ulemper å dele de ledige stillingene mellom flere deltidsansatte. Det anføres i det vesentligste:

En intensivavdeling krever kompetent personale hele døgnet. Pasientbelegget er uforutsigbart og avdelingen må kontinuerlig være i stand til å motta de pasientene som har behov for det. Når svært syke pasienter kommer og skal stabiliseres, kreves det at de som er på jobb vet hva som skal gjøres, at de behersker det medisinsktekniske utstyret og at de arbeider selvstendig. Innenfor de økonomiske rammene som foretaket gir og ut fra krav til kompetanse/tilstrekkelig bemanning, har avdelingen prioritert i første omgang å øke små stillingsandeler opp til 75 prosent. I tillegg har avdelingen vektlagt en rimelig fordeling av ubekvem arbeidstid (natt/helg).

I akuttmedisinsk avdeling arbeider 10 spesialsykepleiere deler av sin stilling ved en annen enhet enn moderavdelingen. Dette er en bevisst praksis i akuttmedisinsk avdeling som sikrer at ansatte kan få økt sine stillingsandeler. I tillegg ble det høsten 2008 internt utlyst ni sykepleier-/spesialsykepleierstillinger på 10, 15 og 25 prosent i akuttmedisinsk avdeling. Målet med disse utlysningene var å gi deltidstilsatte muligheter til å øke sine stillingsandeler. Som et resultat av disse tilsettingene har ni ansatte fått økt sine stillingsandeler. A var ikke søker til disse stillingene.

De to som ble tilsatt i de omtvistede stillingene var interne søkere med midlertidige arbeidsavtaler på 50 og 75 prosent stilling. Søkeren som hadde vikariat på 75 prosent fikk tilbud om fast stilling på 75 prosent. Vedkommende hadde lang erfaring som

intensivsykepleier og det var viktig for enheten å beholde denne viktige kompetansen. Den andre søkeren, som hadde 50 prosent fast stilling men for tiden et vikariat i 75 prosent, fikk tilbud om fast 75 prosent stilling, altså en utvidelse fra 50 til 75 prosent. Vedkommende var nyutdannet spesialsykepleier i intensiv, og det er viktig for enheten å ta i bruk og videreutvikle ny kompetanse.

I tillegg til A var det tre andre søkere som krevde fortrinnsrett til stillingsutvidelse. Den ene av søkerne hadde opprinnelig full stilling ved en annen avdeling og søkte seg frivillig over til intensiv i stilling på 75 prosent. Avdelingen har derfor vurdert det slik at det ikke var aktuelt å vurdere denne arbeidstaker som aktuell for fortrinnsrett til stillingsutvidelse. De tre andre søkerne som har krevd fortrinnsrett, har i dag stillinger på 75 prosent, 75 prosent og 90 prosent. A har lengst ansiennitet av disse tre.

Dersom den ene stillingen skulle deles for å imøtekomme krav om utvidelse til 100 prosent fra alle de tre som gjorde fortrinnsrett gjeldende, ville avdelingen stå igjen med en 15 prosent stilling, noe som utgjør en vesentlig ulempe for arbeidsgiver. En deling vil ha som konsekvens at helgebelastningen på de andre i avdelingen blir enda mer belastende. Ansatte ved intensivheten er blitt spurt om de kunne tenke seg å jobbe flere helger for at kollegaer skal kunne øke stillingsprosent, men dette har det ikke vært interesse for. For å opprettholde en forsvarlig bemanning på helger, vil det i praksis bli nødvendig å opprette en ny stilling. Dette understreker ulempene ved å dele stillingen.

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 ved e-post av 3. april 2009. A brakte tvisten inn for tvisteløsningsnemnda i udatert brev mottatt den 29. april 2009. 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 ingen uenighet om at A er kvalifisert for begge stillingene, men for øvrig vil nemnda vurdere de to stillingene for seg.

Det er opplyst at arbeidstakeren som ble tilsatt i ene den omtvistede stillingen var deltidsansatt, og derfor også kunne gjøre fortrinnsrett gjeldende. § 14-3 gir ikke noen veiledning om hvordan man skal prioritere mellom flere fortrinnsberettigede, og det må i utgangspunktet tilfalle arbeidsgiver å foreta den prioriteringen. Slik saken er opplyst foreligger det etter nemndas syn ikke grunnlag for å overprøve arbeidsgivers vurderinger i valget mellom de fortrinnsberettigede for så vidt gjelder den stillingen.

Arbeidstakeren som ble tilsatt i den andre stillingen var midlertidig ansatt. Dette må regnes som en ny ansettelse etter § 14-3, og det avgjørende for om fortrinnsrett kan gjøres gjeldende det vil innebære vesentlige ulemper for virksomheten eller ikke.

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 at dette vil dette bero på en konkret vurdering av om utøvelse av fortrinnsretten i det enkelte tilfelle vil gi urimelige utslag for virksomheten. Etter 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.

Utøvelse av fortrinnsrett i denne saken vil medføre at arbeidsgiver blir sittende med en mindre reststilling. Det gjelder både dersom A utøver fortrinnsrett alene eller ved siden av de to andre fortrinnsberettigede søkerne. Tvisteløsningsnemnda har i tidligere saker (eksempelvis 20/06 og 26/09) lagt til grunn at forarbeidene ikke kan forstås slik at fortrinnsrett uten videre 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. Nemnda er enig i at det ikke kan utelukkes at man kan gjøre fortrinnsretten gjeldende på del av en utlyst stilling og at virkningene for arbeidsgiver må vurderes konkret, men understreker at på bakgrunn av lovens forarbeider må hovedregelen være at en deling av en utlyst stilling vil utgjøre en 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 Ask-Henriksen, har kommet til at det i denne saken innebærer en vesentlig ulempe for virksomheten at man deler opp den utlyste stillingen, slik nemnda også gjorde blant annet i de tidligere saker 20/06, 23/06, 13/07, 27/08, 26/08, 27/08, 50/08, 11/09. Flertallet legger til grunn at det vil medføre vanskeligheter å bli sittende med en liten reststilling, og legger også vekt på at oppdeling av stillingen vil medføre problemer for helgebemanningen ved avdelingen. Flertallet legger til grunn arbeidsgivers opplysninger om at det vil medføre at man ikke vil ha tilfredsstillende helgebemannig. Det er i vurderingen også lagt vekt på at dette igjen vil kunne få konsekvenser for de øvrige arbeidstakerne som allerede har helgearbeid av et større omfang enn hver tredje helg. Flertallet viser videre til at arbeidsgiver gjennom utlysning av småstillinger har dokumentert en generell vilje til å redusere problemet med ufrivillig deltid.

Flertallet finner etter dette at utøvelse av fortrinnsrett vil medføre en vesentlig ulempe for virksomheten.

Til tross for at det kun kan stilles relativt små krav til arbeidsgivers konkretisering av negative virkninger der arbeidsgiver blir sittende med en liten reststilling, finner nemndas mindretall, medlemmene Steen og Dahlstrøm, at det i denne saken ikke er tilstrekkelig dokumentert at utøvelse av fortrinnsretten for A ville medføre vesentlig ulempe for arbeidsgiver. Det må påhvile arbeidsgiver å godtgjøre at lovens krav til vesentlig ulempe foreligger og at det i større grad enn her er gjort konkrete forsøk på å overkomme vanskelighetene. En generell henvisning til at det vil være vanskelig å få gjennomført helgeturnusen er ikke tilstrekkelig. Arbeidsgiver oppgir at det må være minst 33 personer i turnusen dersom alle arbeider hver tredje helg. I dag er det 35 personer tilsatt ved intensivenheten, 18 i full stilling og 17 i deltidsstillinger. Mindretallet kan heller ikke se at det skulle være problematisk å få besatt den resterende stillingen på 15 prosent som ville oppstått dersom man hadde delt stillingen mellom de tre fortrinnsberettigede søkerne.

Konklusjon

Arbeidstaker gis ikke medhold.

Tvisteløsningsnemnda

Henning Harborg
leder

Lillestrøm, 01.07.2009

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.