

VEDTAK NR 41/09 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 90 prosent ved intensivavdelingen hos B. Hun hadde tidligere 100 prosent ansettelse ved barneavdelingen, men måtte gå ned til 90 prosent stilling for å få jobb ved intensivavdelingen.

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 to andre søkerne som ved siden av A har krevd fortrinnsrett, har i dag stillinger på 75 prosent. A har kortest ansiennitet av de 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 midlertidig stilling på 75 prosent. As 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 deltidstillinger.

Saken ble oversendt sekretariatet for tvisteløsningsnemnda ved udatert brev fra A. Brevet var poststempelt den 23. 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 11. mai 2009 og 10. juni 2009.

Arbeidstakers anførsler

A søker om en økning fra 31,95 t/uke til 35,5 t/uke, altså en økning på 3,55 t/uke. Hun mener at dette ikke kan medføre vesentlig ulempe for enheten, og anfører i det vesentligste:

A mener det er urimelig at B, etter å ha brukt ressurser på å utdanne henne til intensivsykepleier, ikke kan la henne fortsette i fast stilling på 100 prosent ved Intensivavdelingen da det var og er behov for hennes kompetanse der. Spesielt er erfaring i å jobbe med barn etterspurt ved intensivavdelingen. Hun mener at det aldri ble jobbet for at hun skulle få beholde sin stillingsandel, men heller for at hun skulle være nødt til å redusere den.

I dag har A etter forhandlinger blitt tilbudt og har akseptert fast stilling på 90 prosent ved intensivavdelingen. Hun er lei av flytting mellom avdelinger og har bestemt seg for å bruke sin kompetanse ved intensivavdelingen hvor hun vet at behovet for spesialutdannede sykepleiere er stort. Dette medfører en ufrivillig reduksjon i stillingsstørrelse som ikke står i samsvar med sykehusets målsetting om å redusere ufrivillig deltid. Begrunnelsen for at hun ikke kunne få overført sin fulle stilling fra Barneavdelingen til Intensivavdelingen var at de andre sykepleierne ved Intensivavdelingen som også ønsket seg full stilling ville bli misfornøyde.

Arbeidsgiver oppgir at antall fulle stillinger har økt fra 16 i 2005 til 18 i 2009. Økningen skyldes at intensivsykepleiere fikk full stilling fra 1. juni 2009 etter at de hadde fått medhold i tvisteløsningsnemnda i krav om fortrinnsrett etter § 14-3. Uten dette vedtaket hadde de med meget stor sannsynlighet fremdeles vært deltidsansatte ved intensivenheten, B. Til arbeidsgivers opplysning om at intensivenheten i løpet av det siste året har økt stillingsprosenten for tre sykepleier, påpeker arbeidstaker at ingen av disse har fått full stilling, og at deltidspromblematikken består.

Til arbeidsgivers påstand om at man forespurte de øvrige ansatte om å arbeide mer enn 17 helger i året for å få flere opp i full stilling, bemerker A at antall helger har økt fra 15 til 17 pr. år etter at årsplan ble innført. Med aften- og nattevakter i turnus i tillegg til forskyvning fra dagvakter til mer ubekvem arbeidstid, er vaktbelastninger høye som den er. I tillegg til dette jobber de fleste flere helgevakter i året for at avdelingen skal kunne ha en forsvarlig bemanning ved sykdom og annet fravær.

A har inntrykk av at reduserte stillinger er avdelingens buffer. Deltidsansatte blir leid inn for å jobbe ekstra når avdelingen trenger kompetente sykepleiere i travle perioder, på ubekvemme vakter og på kort varsel.

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 deltidspromblematikken 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. Hun er muntlig tilbudt midlertidig full stilling gjennom et internt prosjektarbeid, men har takket nei til dette.

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.

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 som var poststempelt 23. 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 det vil 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 helgebemannning. 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.