



Tvisteløsningsnemnda

Vedtaksdato
16. oktober 2020

Vår referanse
2020/76

Saksbehandler
Nina N. Hermansen

VEDTAK NR 144 /20 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Tvisteløsningsnemnda avholdt møte tirsdag 13. oktober 2020.

Ved behandlingen av saken var Tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Anne Marie Due, leder
Vetle Wetlesen Rasmussen, YS
Mårten Brandsnes Faret, KS

Særskilt oppnevnte medlemmer

Rahman Mjaki, Ahus
Vibeke Hesselberg, Oslo Universitetssykehus

Saken gjelder

Tvist om fortrinnsrett for deltidsansatte etter arbeidsmiljøloven § 14-3

Arbeidstaker

A

Arbeidsgiver

B

Det ble truffet slikt vedtak:

Saksforhold

A er fast ansatt som spesialutdannet sykepleier i stilling på 80 prosent ved B. Ved tiltredelsen var arbeidsstedet nyfødtintensiv «X», men arbeidsplikten omfatter alle sykehusets enheter til enhver tid. I tillegg har hun et vikariat på 15 prosent ut august 2022.

Det ble utlyst 100 prosent stilling som sykepleier/spesialsykepleier ved B, med søknadsfrist 23. februar 2020. Stillingen er en kombinasjonsstilling med 75 prosent ved X og 25 prosent ved bemanningsavdelingen "hvis ønskelig".

Den 11. februar 2020 søkte A på 20 prosent av den utlyste stillingen ved X og fremsatte krav om fortrinnsrett til en del av stillingen etter arbeidsmiljøloven § 14-3. Det ble presisert at kravet gjaldt del av stillingen ved X.

Arbeidsgiver avsto kravet i brev datert 24. mars 2020. Avslaget ble begrunnet med at det vil medføre vesentlig ulempe for virksomheten å dele opp den utlyste 75 prosent stillingen ved X. A fikk tilbud om å øke sin stilling til 100 prosent på bemanningsavdelingen. Tilbudet ble avslått. Stillingen er besatt av en ekstern søker.

Saken ble brakt inn for Tvisteløsningsnemnda ved e-post av 2. april 2020. Overfor nemnda har begge parter fått anledning til å komme med utfyllende merknader i saken.

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidstaker:

- e-post av 2. april 2020
- brev datert 22. juni 2020
- brev datert 29. august 2020

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- e-post av 8. april 2020
- brev datert 27. mai 2020
- brev datert 19. august 2020
- brev datert 23. september 2020
- e-post av 8. oktober 2020

Arbeidstakers anførsler

A anfører i det vesentligste at hun har fortrinnsrett til utvidet stilling ved X. Omtvistet stilling er utlyst med 75 prosent ved X og 25 prosent i bemanningsavdelingen hvis ønskelig. Det er opp til søkeren om man vil jobbe i bemanningsavdelingen eller ikke og det ønsker ikke A.

A stiller seg undrende til at arbeidsgiver anfører at sykepleiere i stillinger på 18-20 prosent ikke vil kunne inneha forsvarlig kompetanse i en slik stillingsordning, men at det anses forsvarlig med slike stillingsbrøker i bemanningsavdelingen. Det bør la seg gjøre at hun får 20 prosent av omtvistet stilling og at arbeidsgiver deretter ansetter en ny i 55 prosent stilling. Reststillingen kan besettes av en ekstern søker som vil arbeide hver tredje helg slik alle i

avdelingen gjør. Videre er A uenig i at økt bruk av 100 prosent stillinger vil medføre overbemanning på ukedager. Det er en fin mulighet for fagutvikling.

A anser det ikke som faglig forsvarlig at en spesialsykepleier for nyfødte skal arbeide i kombinasjonsstilling fordi hun ikke har erfaring, kompetanse og mulighet til fagutvikling på de forskjellige avdelingene.

Arbeidsgivers anførsler

B anfører at en fortrinnsrett til utvidet stilling for A ved X vil medføre en vesentlig ulempe for virksomheten. Dersom hun får fortrinnsrett til utvidet stilling vil ikke X få dekket helgevaktene ettersom A allerede arbeider hver 3. helg. Etter bemanningsplanen trenger X 63 sykepleiere for å dekke helgearbeid når sykepleierne arbeider hver 3. helg. I dag har de 56 sykepleiere slik at de mangler 7 stk. Fire sykepleiere har avtale om å jobbe ekstra helger, disse utgjør en person, slik at avdelingen fortsatt mangler 6 sykepleiere for å dekke helgevaktene.

Dersom A får fortrinnsrett til utvidet stilling vil det oppstå en overbemanning på ukedager, med flere sykepleiere på jobb enn det er behov for og oppgaver til. Ved en overbemanning er det ikke mulig å vedlikeholde opparbeidet kompetanse siden det vil være for mange sykepleiere pr. pasient og den enkelte sykepleier får derved ikke tilstrekkelig praksis. Arbeidsgiver hevder at dette ikke er forsvarlig bruk av sykepleiere, som er en knapphetsressurs. Det er heller ikke forsvarlig bruk av offentlige midler.

Dersom deler av den utlyste stillingen skal fordeles på de allerede ansatte sykepleierne, vil avdelingen sitte igjen med en liten reststilling som det vil være vanskelig å rekruttere kvalifiserte søkere til. Dette vil føre til flere, ikke færre deltidsstillinger. I tillegg vil de få færre ansatte å fordele de ubekvemme vaktene på.

Videre anfører arbeidsgiver at As krav om fortrinnsrett i realiteten er et krav om arbeid ved en spesifikk avdeling. En slik selektering av stillingsinnholdet er det ikke grunnlag for etter arbeidsmiljøloven § 14-3. A er ansatt ved B og har arbeidsplikt ved alle avdelinger og seksjoner. Fortrinnsretten gir ikke grunnlag for å velge utvidet stilling ved en seksjon, og heller ikke andre særskilte materielle deler av en stilling.

Arbeidsgiver ønsker å tilby 100 prosent stilling, men det kan kun gjøres i form av en kombinasjonsstilling ved X og en annen enhet i sykehuset. Arbeidsgiver mener det er forsvarlig og at A er kvalifisert for en kombinasjonsstilling med bemanningsavdelingen. Arbeidsgiver anfører at de dermed har oppfylt sine forpliktelser etter § 14-3 ved å tilby utvidelse av eksisterende stilling til 100 prosent. Dersom arbeidstaker takker nei til utvidet stilling er det ikke tale om ufrivillig deltid.

Tvistløsningsnemndas merknader

Tvist mellom arbeidsgiver og arbeidstaker om fortrinnsrett for deltidsansatte kan bringes inn for Tvisteløsningsnemnda, jf. arbeidsmiljøloven § 17-2 (1) og § 14-3 (5). I henhold til forskrift om tvisteløsningsnemnd etter arbeidsmiljøloven § 2 settes nemnda med leder og to faste

medlemmer. I tillegg er det oppnevnt ytterligere to medlemmer med særlig kunnskap om den bransjen som er berørt i saken (bransjemedlemmer).

Arbeidsmiljøloven § 14-3 (1) fastsetter at deltidsansatte har fortrinnsrett til utvidet stilling fremfor at arbeidsgiver foretar ny ansettelse i virksomheten. Fortrinnsretten kan også gjelde en del av en stilling. 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 (2). Ved vurderingen av om arbeidstaker er kvalifisert kan det, i henhold til lovens forarbeider, tas hensyn til både faglige og personlige forutsetninger.

Det er ikke omtvistet mellom partene at A er kvalifisert eller at As nåværende stilling og omtvistet stilling har om lag de samme arbeidsoppgaver. Nemnda legger også dette til grunn.

A er fast ansatt i en stilling på 80 prosent ved X og har fremsatt krav om fortrinnsrett til en del av en den utlyste stillingen, slik at hun til sammen vil få en stillingsprosent på 100 ved X.

Arbeidsgiver gjør gledende at A ikke har fortrinnsrett til en del av den utlyste stillingen, da det vil innebære en vesentlig ulempe for virksomheten, jf. arbeidsmiljøloven § 14-3 (2). Videre gjøres det gjeldende at arbeidstaker ikke har noen aktuell fortrinnsrett, da hun allerede har fått tilbud om 100 prosent stilling ved Helseforetaket.

Nemnda vil først ta stilling til om utøvelse av fortrinnsrett i saken vil innebære en vesentlig ulempe for arbeidsgiver.

Hva som ligger i begrepet vesentlig ulempe, er ikke nærmere definert i loven. Av lovens forarbeider, Ot. prp. nr. 49 (2004-2005) punkt 17.2.6, fremgår det at dette vil bero på en konkret vurdering av om utøvelse av fortrinnsretten i det enkelte tilfelle vil gi urimelige utslag for virksomheten:

«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 tidspunkter (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.»

Departementet har i forbindelse med lovendringen i 2019 (Prop. 57 L (2017-2018) punkt 7.3) kommet med følgende merknad til bestemmelsen:

«Endringen innebærer at en kvalifisert deltidsansatt i prinsippet kan ha fortrinnsrett til bare en del av en stilling, forutsatt at fortrinnsretten kan gjennomføres uten at den er til vesentlig ulempe for arbeidsgiver. At arbeidsgiver blir sittende igjen med en reststilling det vil kunne være vanskelig å rekruttere kvalifiserte søkere til, kan innebære en slik vesentlig ulempe. Det samme vil kunne være tilfellet dersom

gjennomføring av fortrinnsrett til bare en del av en stilling innebærer at virksomheten får flere, og ikke færre, deltidsansatte.»

I proposisjonen viste også departementet til tidligere nemndspraksis, eksempelvis 20/06 (TLN-2006-20) og 26/09 (TLN-2009-26) hvor det ble uttalt at "det ikke kan utelukkes at man kan gjøre fortrinnsrett gjeldende på en 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." Departementet sluttet seg til denne vurderingen i Prop.57 L (2017-2018) s. 14.

I den konkrete vurderingen av om arbeidsgiver blir påført en vesentlig ulempe om A får fortrinnsrett til en del av den utlyste stillingen ved X, har nemnda delt seg i et flertall og et mindretall.

Nemndas flertall, medlemmene Due, Faret, Rasmussen og Mjaki har kommet til at det vil medføre vesentlig ulempe for virksomheten om A får fortrinnsrett til en del av den utlyste stillingen. Flertallet har tatt utgangspunkt i forarbeidenes henvisning til tidligere nemndspraksis om at hovedregelen ved deling av en utlyst stilling må være at det vil utgjøre en ulempe for arbeidsgiver, og at det derved må stilles relativt små krav til arbeidsgivers konkretisering av de negative virkningene. I vurderingen har flertallet lagt vekt på at sykepleierne, etter gjeldende arbeidsplanavtale mellom arbeidsgiver og den aktuelle arbeidstakerorganisasjon, ikke skal arbeide oftere enn tredje hver helg. Etter bemanningsplanen trenger X 63 sykepleiere for å dekke helgearbeidet når sykepleierne arbeider hver 3. helg. I dag er det 56 sykepleiere fordelt på 43,31 årsverk i henhold til arbeidsplanen ved avdelingen. Det mangler da 7 sykepleiere for å dekke inn behovet i helgene. Fire sykepleiere har avtale om å jobbe ekstra helger. Dette utgjør 1 årsverk, slik at avdelingen fortsatt mangler 6 sykepleiere for å dekke helgevaktene. Pr i dag dekkes disse vaktene inn ved bruk av ekstra- og tilkallingsvakter. Dette medfører et overforbruk av variabel lønn. Det å innvilge fortrinnsrett til sykepleiere som allerede arbeider ved avdelingen vil ikke bidra til å dekke helgevaktene, da de allerede arbeider tredje hver helg. Dette vil i tillegg føre til en overbemanning på ukedagene, da disse ikke kan benyttes til ytterligere helgearbeid samtidig som helgevaktbehovet fortsatt må dekkes inn, noe som igjen fører til større overforbruk av variabel lønn. Dersom en skulle dekke bemanningsbehovet ved rene helgestillinger, ville det på sin side føre til etablering av 18-20% stillinger uten forsvarlig kontinuitet i arbeidet ved avdelingen, samt bidra til flere deltidsstillinger.

Nemndas flertall har etter dette kommet til at A ikke kan gis medhold i sitt krav.

Nemndas mindretall, medlemmet Hesselberg, har etter en konkret vurdering kommet til at arbeidsgiver ikke har sannsynliggjort at det vil medføre en vesentlig ulempe for virksomheten å tilby A en del av den utlyste stillingen ved X. Mindretallet ser at det kan utgjøre en ulempe å innvilge A fortrinnsrett til en del av stillingen ved X, da hun allerede arbeider hver tredje helg og derved ikke kan bidra med å dekke opp helgevakter. Det kan også innebærer en viss ulempe at dette kan føre til en overbemanning på ukedagene.

Mindretallet kan imidlertid ikke se at disse ulempene er vesentlige i lovens forstand, og har etter dette kommet til at A må få medhold i sitt krav.

Da nemndas flertall har kommet til at det vil medføre vesentlig ulempe for virksomheten om A får fortrinnsrett til en del av den utlyste stillingen, er det ikke nødvendig å ta stilling til arbeidsgivers anførsel om at arbeidstaker ikke har noen aktuell fortrinnsrett, da hun allerede har fått tilbud om 100 prosent stilling ved Helseforetaket.

Konklusjon

Arbeidstaker gis ikke medhold.

Tvisteløsningsnemnda

Anne Marie Due
Leder

16. oktober 2020

Til orientering:

Tvister som nevnt i §§ 8-3, 10-13, 12-14, 14-3 og 14-4 a kan bringes inn for domstolene etter at Tvisteløsningsnemndas avgjørelse foreligger, jf. arbeidsmiljøloven § 17-2 (2). 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 fra det tidspunktet parten ble underrettet om nemndas avgjørelse, jf. arbeidsmiljøloven § 17-2 (3).

Reises det ikke søksmål innen fristen, har vedtaket virkning som en rettskraftig dom, og det kan fullbyrdes etter reglene som gjelder for dommer, jf. arbeidsmiljøloven § 17-2 (4).