



Tvisteløsningsnemnda

Vedtaksdato
28.01.2025

Møtedato
23.01.2025

Vår referanse
2024/205

Saksbehandler
Birgit Espejord Jensen

SAK NR 6/24 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Sakens tema

Tvist om fortrinnsrett for deltidsansatte etter arbeidsmiljøloven § 14-3

Arbeidstaker

A

Arbeidsgiver

B

Vedtak

A hadde ikke fortrinnsrett til deler av den utlyste sykepleierstillingen etter arbeidsmiljøloven § 14-3.

Nemndas sammensetning

Anne Marie Due, leder

Silje Hassellund Solberg, LO, fast medlem arbeidstakersiden

Andreas Dag Nilsen, KS, fast medlem arbeidsgiversiden

Sakens bakgrunn

A er fast ansatt som sykepleier i turnus i stilling på 74 prosent hos B, heretter kalt B, for tiden i team C. Hun har arbeidsoppgaver innenfor lungesykdom, sykelig overvekt, brudd/slitasjeplager og kommunal rehabilitering.

B har 30 årsverk fordelt på 35 ansatte. De jobber i en tredelt turnus, med helgevakter hver tredje helg. Virksomheten er stengt i 4 uker i fellesferien og i jule- og påskeferien.

B lyste sommeren 2024 ut en ledig stilling i 80 prosent som sykepleier, med arbeidsoppgaver innenfor kreft, kronisk smerte, brudd/slitasjeplager og kommunal rehabilitering. Det er opplyst i saksdokumentene at arbeidsoppgavene skal utføres ved Team D.

Den 4. juli 2024 krevde A fortrinnsrett til 26 prosent av den utlyste stillingen.

B avslo kravet i brev av 10. september 2024 og begrunnet avslaget med at det var en vesentlig ulempe for virksomheten å dele opp den utlyste stillingen.

Sakens dokumenter

A sendte saken til nemnda den 30. september 2024.

Begge parter har fått mulighet til å komme med utfyllende merknader.

A har sendt følgende til nemnda:

- brev av 30. september 2024
- brev av 31. oktober 2024

B har sendt følgende til nemnda:

- brev av 18. oktober 2024
- brev av 18. november 2024

Arbeidsgivers syn på saken

B hevder at A ikke kan få medhold i sitt krav fordi det vil være en vesentlig ulempe å dele opp stillingen. Hun fyller heller ikke de øvrige vilkårene for fortrinnsrett.

Arbeidsgiver har innfridd kravet

Ved å tilby A 80 prosent stilling, med tilsvarende ansvarsoppgaver. Tilbudet omfatter også videreutdanning i kreftsykepleie, under forutsetning av at arbeidsgiver fortsatt får tildelt avtale om kreftrehabilitering etter anbudsrunder. Etter endt videreutdanning kan utvidelse av stillingsprosenten vurderes på nytt.

Ikke en utvidelse av den faste stillingen

A jobber på et annet team og innholdet i oppgavene er ulike. Hennes faste deltidsstilling har oppgaver og ansvar knyttet til rehabilitering etter lungesykdom og sykelig overvekt, mens den utlyste stillingen har oppgaver og ansvar knyttet til kreftpasienter. Arbeidsgiver hevder derfor at kravet ikke gjelder en utvidelse av hennes faste stilling.

Ikke kvalifisert

Arbeidstaker er kvalifisert til deler av stillingen, men fyller ikke kravet til videreutdanning innen kreftsykepleie, og er derfor ikke kvalifisert.

Det innebærer vesentlig ulempe

B viser til at de har drøftet utlysningen av den faste stillingen med sykepleierforbundet i forkant av utlysningen, og har protokollført at det er behov for en sykepleier i hele den utlyste stillingen på 80 prosent. Det var enighet med forbundet om at dersom det var interne søkere ville de måtte tiltre hele den utlyste stillingen med tilhørende ansvarsoppgaver.

Ekstra belastning på andre ansatte

Arbeidsgiver hevder at virksomheten er på minimumskravet når det gjelder sykepleierdekning på alle helgevakter, nattevakter og noen kveldsvakter, og at de derfor trenger en ny ansatt i hele den utlyste stillingen. Å dele opp stillingen vil medføre økt behov for at de øvrige ansatte må gå kvelds-, natt- og helgevakter, noe som medfører økt belastning på de øvrige ansatte sykepleierne, og vil gi utfordringer med hensyn til å fylle arbeidsmiljølovens krav.

Arbeidsgiver vil også måtte ta hensyn til flere deltidsansatte med fortrinnsrett dersom stillingen deles opp, slik at reststillingen da vil bli enda mindre. I tillegg drifter virksomheten etter et system der alle pasientene tildeles en hovedkontakt under hvert opphold. Med flere fulltidsstillinger vil denne oppgaven fordeles på færre hoder, som vil øke belastningen på de som kan utføre disse oppgavene.

Arbeidstakers syn på saken

A hevder at hun har fortrinnsrett til deler av stillingen fordi loven fastsetter at deltidsansatte har fortrinnsrett til utvidet stilling fremfor at arbeidsgiver foretar ny ansettelse i virksomheten, og at hun fyller vilkårene for fortrinnsrett.

Arbeidsgiver har ikke innfridd kravet

A hevder at arbeidsgiver ikke har oppfylt kravet. Tilbudet inneholdt flere forutsetninger som det på avgjørelsestidspunktet var usikkert om ville inntre. Videre var tilbudet om utvidelse av stillingen lavere enn kravet. Arbeidstaker krever en utvidelse på 26 prosent, mens tilbudet var en utvidelse på 6 prosent stilling.

Utvidelse av stillingen

A hevder videre at selv om den utlyste stillingen er på team D, er arbeidsoppgavene tilnærmet like og fordeles mellom disse to teamene, slik at belastningen blir lik. Dersom det er nedsatt kapasitet på ett av teamene, f.eks. ved sykefravær, vil oppgavene fordeles til det andre teamet. Store deler av oppgavene på begge teamene går på sykepleierfaglig ansvar for oppfølging av alle inneliggende brukere, uavhengig av team. Dette gjelder blant annet oppgaven som ansvarsvakt og flere andre oppgaver. Ut fra dette hevder A at oppgavene mellom teamene overlapper hverandre slik at det er en utvidelse av stillingen.

Kvalifisert

Det har tidligere ikke vært en ansatt sykepleier med videreutdanning innen kreftsykepleie, og den som ble ansatt hadde heller ikke slik kompetanse. Det var ett av flere ønskede kvalifikasjonskrav, og A hevder å oppfylle kravene ellers.

Ikke dokumentert vesentlig ulempe

Arbeidsgiver har ikke dokumentert vesentlig ulempe. Turnusutfordringer i forbindelse med krav om fortrinnsrett er generelle ulemper. Det må etter arbeidstakers syn være mulig å organisere driften med flere fulltidsstillinger.

Argumentet om at stillingens reststilling er ugunstig for drift og rekruttering, er ikke relevant fordi det jobber flere ansatte i tilsvarende lave stillingsprosenter, f.eks. gjelder det ansatte som har oppgaver som hovedkontakt i oppfølging av brukere.

Lovgrunnlag og hva partene er uenige om

Twisteløsningsnemnda kan etter arbeidsmiljøloven § 17-2 avgjøre tvister som nevnt i arbeidsmiljøloven 14-3 første ledd.

Deltidsansatte har fortrinnsrett til utvidet stilling fremfor at arbeidsgiver foretar ny ansettelse eller innleie i virksomheten. Fortrinnsretten kan også gjelde en del av en stilling.

Etter § 14-3 tredje ledd må arbeidstaker være kvalifisert for stillingen og utøvelse av fortrinnsretten må ikke innebære vesentlige ulemper for virksomheten.

I denne saken er partene uenige om vilkårene for fortrinnsrett etter arbeidsmiljøloven § 14-3 er oppfylt.

Nemndas begrunnelse

Nemnda har delt seg i et flertall og et mindretall i vurderingen av om det er sannsynliggjort vesentlig ulempe ved innvilgelse av en eventuell fortrinnsrett. Flertallet, medlemmene Due og Nilsen, har kommet til at arbeidstaker ikke hadde fortrinnsrett. Mindretallet, medlemmet Solberg, har kommet til at arbeidstaker hadde fortrinnsrett.

Nemnda har gjort disse vurderingene:

Innebærer tilbudet en oppfyllelse av arbeidsgivers plikter etter § 14-3?

Nemnda har kommet til at arbeidsgiver ikke har oppfylt sin plikt etter arbeidsmiljøloven § 14-3 ved å tilby A 80 prosent stilling, med tilsvarende ansvarsoppgaver.

Nemnda har i sin vurdering lagt vekt på at A hadde krevd 26 prosent utvidelse av sin stilling slik at hun ville få 100 prosent stilling. Tilbudet arbeidstaker fikk var på 80 prosent stilling, noe som representerte 6 prosent utvidelse av hennes stilling. Arbeidsgivers tilbud var dermed langt fra kravet på 26 prosent, og det er ikke gitt et tilbud i tråd med kravet.

Er stillingen som var utlyst en utvidelse av A sin faste stilling?

Nemnda har kommet til at stillingen som utlyst er en utvidelse av A sin faste stilling.

Det går fram av lovens ordlyd at fortrinnsretten gjelder «utvidet stilling». For at det skal være en utvidet stilling må stillingen ha «om lag samme arbeidsoppgaver» som den deltidsansatte allerede utfører i sin faste stilling. Dette står i forarbeidene til arbeidsmiljøloven § 14-3 (Innst. O. nr. 100 for 2004-2005 pkt. 17.2) og er fast praksis i nemnda.

Nemnda har lagt vekt på at begge stillingene er sykepleierstillinger i B. Den utlyste stillingen er organisatorisk plassert på et annet team enn den faste deltidsstillingen.

Nemnda legger vekt på at begge stillingene er tillagt sykepleiefaglige oppgaver relatert til ansvar knyttet til oppfølging av inneliggende pasienter. Det fremkommer ikke av utlysningsteksten at stillingen er knyttet til bestemte diagnoser. Alle pasientgruppene er samlet nevnt i utlysningen. Slik oppgavene er beskrevet er det to team som har fordelt oppgavene ut fra diagnosegrupper. Teamene har sammenfallende oppgaver som kommunal rehabilitering og rehabilitering etter brudd og slitasje i skjelett og muskelplager. Oppgavene knyttet til kreftrehabilitering er lagt til den utlyste stillingen, og lungesykdom/kols og sykkelig overvekt er lagt til teamet der den faste deltidsstillingen er plassert. Det er videre opplyst at alle oppgavene fordeles mellom teamene for å få så lik arbeidsbelastning som mulig. Nemnda har kommet til at oppgavene er om lag de samme.

Er A kvalifisert for den utlyste sykepleierstillingen?

Nemnda har kommet til at A er kvalifisert.

Det står i lovens forarbeider (Ot. Prp. Nr. 49 (2004-2005) pkt. 17.2.6) at man skal ta hensyn til både faglige og personlige forutsetninger når man vurderer om en arbeidstaker er kvalifisert for en stilling.

Nemnda har lagt vekt på at begge stillingene krever sykepleierkompetanse, og at partene er enige om at arbeidstaker innehar deler av de formelle kvalifikasjonskravene som er satt av arbeidsgiver. A fyller imidlertid ikke det ønskede utdanningskravet om videreutdanning innenfor kreftsykepleie.

Arbeidsgiver har ønsket videreutdanning innen kreftsykepleie som ett av flere utdanningskrav. Det er opplyst at den som ble tilsatt i stillingen ikke fylte dette kvalifikasjonskravet. Etter nemndas praksis kan imidlertid ikke fortrinnsrett avskjæres med den begrunnelse at en annen søker er bedre kvalifisert eller har en mer attraktiv kompetanse. Tvert imot er det nettopp i slike tilfeller at fortrinnsretten skal sikre den deltidsansatte utvidet stilling.

Nemnda vurderer det slik at A innehar de nødvendige formelle kvalifikasjonene som er krevd i utlysningen, og at videreutdanning innen kreftsykepleie var en ønsket, men ikke et krav til kompetanse for stillingen. Dette understrekes også av at den som ble tilsatt heller ikke hadde denne kompetansen. Nemnda har kommet til at A var kvalifisert for stillingen.

Vesentlig ulempe

I vurderingen av om innvilgelse av fortrinnsrett for A ville innebære vesentlige ulemper for B, har nemnda delt seg i et flertall og et mindretall.

Nemndas flertall, medlemmene Due og Nilsen har kommet til at det ville innebære vesentlige ulemper for B om A fikk fortrinnsrett til deler av den utlyste stillingen.

Det må gjøres en konkret vurdering av om utøvelse av fortrinnsretten gir urimelig utslag for virksomheten. Kravet til at ulempene må være «vesentlige» betyr at det ikke er nok med en generell ulempe. I forarbeidene til arbeidsmiljøloven § 14-3 (Ot. prp. nr. 49 (2004-2005) pkt. 17.2.6) nevnes det noen eksempler på hva som kan være vesentlige ulemper. Det kan være en ulempe å ikke få ansatt flere personer, eksempelvis for å unngå konflikt med arbeidstidsbestemmelser. Fortrinnsretten kan gi ulemper for andre arbeidstakere, som flere ubekvemme vakter eller færre personer å dele arbeidet på.

Det er arbeidsgiver som må sannsynliggjøre at innvilgelse av fortrinnsretten vil innebære vesentlige ulemper.

Fortrinnsretten kan etter ordlyden også gjelde en del av en stilling. I tilfeller hvor fortrinnsretten gjelder en del av en stilling nevner forarbeidene (Prop. 57 L (2017-2018) punkt 7.3) noen eksempler på hva som kan være vesentlige ulemper. Det kan være problemer med å rekruttere kvalifiserte søkere til resten av en stilling eller at antallet deltidsansatte øker.

Utgangspunktet er at oppdeling av en stilling i seg selv er en ulempe for arbeidsgiver, og at det stilles relativt små krav til konkretisering av negative virkninger for at nemnda skal anse dem som vesentlige i lovens forstand. Alle ulempene må vurderes samlet og konkret i den enkelte sak.

En innvilgelse av As fortrinnsrett vil medføre at arbeidsgiver sitter igjen med en reststilling på 54 prosent.

Nemndas flertall har kommet til at det er utfordringer knyttet til å fylle ubekvemme vakter uten at det går ut over andre ansatte eller at det kan medføre brudd på arbeidsmiljøloven.

I lovens forarbeider vises det 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. Etter flertallets oppfatning er dette tilfelle i denne saken. Da arbeidsgiver drøftet stillingsutlysningen med tillitsvalgte, var dette et bærende punkt i drøftelsen. Nemndas flertall har kommet til at arbeidsgiver med dette har dokumentert vesentlig ulempe.

Nemndas mindretall, medlemmet Solberg, viser til at det i flere saker (se for eksempel 38/10) er gitt uttrykk for at den vil være tilbakeholden med å akseptere en vesentlig ulempe hvor det er lagt opp til en bemanningsplan der flertallet av de ansatte har lavere stillingsandeler. Dette innebærer at arbeidsgiver som varig løsning belager seg på en situasjon der de ansatte i B – i strid med lovens forutsetning – må finne seg i lavere stillingsandeler. Arbeidsgiver har i denne saken i all hovedsak vist til at det vil medføre

turnusutfordringer som begrunnelse for vesentlig ulempe. Etter mindretallets syn er dette en generell ulempe.

I tillegg bemerkes at dersom A får fortrinnsrett til en del av den utlyste stillingen, vil det gjenstå en stillingsprosent på 54. Arbeidsgiver vil dermed ikke få færre personer å fordele på helg, kveld eller natt. Videre er det opplyst at dette er en nokså vanlig stillingsprosent hos arbeidsgiver ved at arbeidstaker blant annet viser til at ansatte som har oppgaver som hovedkontakt i oppfølging av brukere har slike stillingsstørrelser. Nemndas mindretall legger derfor til grunn at det er mulig å få tak i kompetente medarbeidere til reststillingen.

Det fremkommer av dokumentasjonen at arbeidsgiver og de tillitsvalgte forut for utlysningen av stillingen, ble enige om at en oppdeling av stillingen, ville gjøre at det forelå en vesentlig ulempe. Mindretallet oppfatter at drøftelsen og enigheten gjelder en oppdeling i enda mindre deler av stillingen som skal fordeles på personer som allerede er ansatt hos arbeidsgiver slik at man "mister" en person å fordele helge-, kvelds- eller nattevakter på. Det er ikke situasjonen i denne saken da mindretallet legger til grunn at arbeidsgiver ansetter en ny person i reststillingen på 54 %.

Nemndas mindretall ser at det foreligger visse ulemper for arbeidsgiver, men at disse ulempene ikke er vesentlige i lovens forstand, og har etter dette kommet til at det ikke er tilstrekkelig godtgjort fra arbeidsgivers side at utvidelse av A sin stilling vil medføre vesentlig ulempe for virksomheten.

Tvisteløsningsnemnda

Anne Marie Due
Leder

28. januar 2025