



Tvisteløsningsnemnda

Vedtaksdato
15. desember 2020

Vår referanse
2020/187

Saksbehandler
Mona Ekelund

VEDTAK NR 168/20 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Tvisteløsningsnemnda avholdt møte torsdag 10. desember 2020.

Ved behandlingen av saken var Tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Anne Marie Due, leder
Silje Hassellund Solberg, LO
Mårten Brandsnes Faret, KS

Særskilt oppnevnte medlemmer

Cecilie Fjellberg, Skjelfoss Psykiatriske Senter
Siri Kristin Konstad, Fagforbundet

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 hjelpepleier i stilling på 80,34 prosent i B (B) for tiden på avdeling X. Hun arbeider for tiden mest kveldsvakter og noen dagvakter.

B består av åtte avdelinger for pasienter og beboere med tunge psykiatriske lidelser. Nattarbeidet utføres på tvers av avdelingene og følger en egen arbeidsplan.

I intern utlysning i september 2020 annonserte B en ledig stilling på 50 prosent som miljøarbeider/helsefagarbeider, for tiden på avdeling natt.

I e-post av 13. september 2020 fremsatte A krav om fortrinnsrett til 20 prosent av stillingen på 50 prosent, eller til hele stillingen kombinert med reduksjon av sin faste stilling med 30 prosent slik at hun til sammen fikk en stilling på 100 prosent.

Den 30. september 2020 avholdt partene drøftingsmøte.

Arbeidsgiver avsto kravet i brev datert 1. oktober 2020. Avslaget ble begrunnet med at det ville medføre vesentlig ulempe og viste til hensynet til virksomhetens økonomi, faglig forsvarlige drift og kontinuitet og muligheten for å få til en funksjonell turnus.

Per 26. oktober 2020 var stillingen ikke besatt.

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidstaker:

- brev datert 5. oktober 2020 med vedlegg
- brev datert 17. november 2020

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev datert 27. oktober 2020 med vedlegg
- brev datert 24. november 2020

Arbeidstakers anførsler

A hevder hun har fortrinnsrett til 100 prosent stilling og anfører i det vesentligste at det ikke vil innebære vesentlig ulempe for virksomheten.

Turnusene kan tilpasses og på utlysningstidspunktet startet arbeidsgiver en prosess med endring av alle turnuser som ennå ikke er ferdig.

Å gi henne fortrinnsrett til 20 prosent av stillingen vil ikke gå på bekostning av kontinuiteten og tilbudet til pasientene ettersom hun vil ha like mye tid i avdelingen på dag- og kveldstid som i dag og hennes førstehåndskunnskap om pasientenes sårbarhetsområder vil være en styrke i nattevaktstillingen.

Reststillingen på 30 prosent på natt kan deles på flere ansatte på natt som ønsker høyere stilling.

Til arbeidsgivers påstand om at antallet stillinger med vakter både dag/kveld og natt reduseres, anfører A at ledig helgestilling for sykepleier/vernepleier på natt nylig er besatt av en som tidligere jobbet 100 prosent dag/kveld.

Arbeidsgivers anførsler

B mener A ikke kan få medhold i sitt krav og anfører i det vesentligste at hun er kvalifisert, men det vil innebære vesentlig ulempe for virksomheten å gi henne fortrinnsrett til full stilling.

En utøvelse av fortrinnsretten vil trolig medføre at virksomheten på sikt får flere og ikke færre deltidsansatte, noe som er uheldig for pasientene som trenger stabilitet og kontinuitet.

En økning av As stilling vil medføre omfattende endringer i turnuser og skape utfordringer med kravene til hviletid i nattstillinger. Antallet ansatte som arbeider både natt og dag/kveld er tilnærmet halvert for å optimalisere turnusene og få bedre kontinuitet i arbeidet. Endringsprosessen arbeidstaker viser til omfatter kun endringer av fordelingen mellom dag/kveld/fri, ikke stillingsprosenter. En hensiktsmessig turnus i 20 prosent nattstilling vil ikke være forenelig med forsvarlig drift, da det vil føre til at det enkelte netter vil være en ansatt for mye, eller en for lite på vakt, eller at A må fylle ansvarsvakter tilhørende sykepleier/vernepleier som hun ikke er kvalifisert for. I alle tilfeller vil det medføre for mange arbeidstimer de ukene A arbeider helg ved X.

Det anføres at man bør ha større stillinger enn 35 prosent på natt for å få tilstrekkelig kjennskap til pasientene og at det er vanskelig å ivareta kontinuitet og relasjonsbygging i dagstillinger på mindre enn 70-80 prosent.

Det vil kunne være vanskelig å rekruttere til reststillingene på 30 prosent både i den utlyste stillingen på natt, og stillingen på dagtid på X. Nattstillingen omfatter 20 prosent helgevakter og ansatte på natt som ønsker større stilling vil da få nattarbeid annenhver helg med 12 timers vakter, noe de har uttrykt klar motstand mot. En vakant 30-prosentstilling på X medfører økt belastning på de øvrige ansatte.

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 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 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. Fortrinnsretten kan også gjelde en del av en stilling.

A er fast ansatt i en stilling på 80,34 prosent og har fremsatt krav om fortrinnsrett slik at hun får 100 prosent stilling. Prinsipalt krever A fortrinnsrett til 20 prosent av utlyst 50 prosentstilling. Subsidiært krever hun hele stillingen i kombinasjon med en reduksjon av sin faste stilling til 50 prosent.

Nemnda viser til at arbeidsgiver anser A som kvalifisert for den omtvistede stillingen og legger også dette til grunn.

Det går fram av lovens ordlyd at fortrinnsretten gjelder «utvidet stilling». I forarbeidene til arbeidsmiljøloven § 14-3 (Innst. O. nr. 100 for 2004-2005 pkt. 17.2) presiseres det at retten gjelder stillinger med om lag samme arbeidsoppgaver som den deltidsansatte allerede utfører i sin faste stilling. Dette er også lagt til grunn i nemndas praksis.

Arbeidsgiver har ikke anført at stillingene ikke har om lag samme arbeidsoppgaver. Nemnda viser til arbeidsgivers opplysninger om at stillingene har den samme stillingsbeskrivelsen og at kvalifikasjonskravene i all hovedsak er de samme, og legger til grunn at stillingen på natt har om lag samme arbeidsoppgaver som As faste deltidsstilling på dag/kveld.

Arbeidsgiver har anført at en utøvelse av fortrinnsrett vil medføre vesentlig ulempe for virksomheten.

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.»

Virkningen av den ulempen arbeidsgiver blir påført ved å bli sittende med en lav stillingsbrøk, må vurderes konkret, utgangspunktet må likevel være at deling av en utlyst stilling vil utgjøre en ulempe for arbeidsgiver, og at det følgelig må stilles relativt små krav til arbeidsgivers konkretisering av negative virkninger. Departementet sluttet seg også til denne vurderingen i Prop.57 L (2017-2018) s. 14. Nemnda mener at dette utgangspunktet for ulempevurderingen også må gjelde tilfeller som i denne saken der en eventuell innvilgelse av fortrinnsrett til hele den utlyste stillingen vil innebære en deling av arbeidstakers nåværende stilling og at arbeidsgiver blir sittende igjen med en lav stillingsbrøk.

Nemnda vil først ta stilling til om det vil utgjøre en vesentlig ulempe om A får fortrinnsrett til 20 prosent av den utlyste stillingen på 50 prosent.

I denne vurderingen har nemnda delt seg i et flertall og et mindretall.

Nemndas flertall, medlemmene Due, Faret og Fjellberg har etter en konkret vurdering kommet til at det vil medføre vesentlig ulempe å gi A fortrinnsrett til 20 prosent av stillingen. Flertallet viser til forarbeidene og at det i slike tilfeller skal relativt lite til før «vesentlig ulempe» anses dokumentert.

Flertallet har lagt til grunn arbeidsgivers opplysninger om at en oppdeling av nattstillingen kan medføre flere og ikke færre deltidsansatte, og at det kan være vanskelig å rekruttere til reststillingen på 30 prosent som omfatter 20 prosent helgevakter. Det vil videre ikke være forsvarlig at ansatte på nattarbeid får økt sin stilling, da det vil innebære arbeid annenhver helg med 12 timers nattevakter. I tillegg vil en hensiktsmessig turnus innebære at bemanningen blir for lav på enkelte vakter og for høy på andre, eller at A må settes inn i vakter hun ikke er kvalifisert for. En slik kombinasjon vil også medføre for mange arbeidstimer de ukene A arbeider helg ved X. Flertallet ser også at det kan gi pasientene et dårligere tjenestetilbud, da så små stillinger gjør det vanskelig å oppnå hyppig nok kontakt til å ha kjennskap til den enkeltes sårbarheter og utfordringer. Etter flertallets oppfatning utgjør dette samlet sett en vesentlig ulempe for virksomheten som oppfyller lovens krav.

Nemndas flertall har etter dette kommet til at A ikke har fortrinnsrett til 20 prosent av den utlyste stillingen.

Nemndas mindretall, medlemmene Solberg og Konstad har etter en konkret vurdering kommet til at det ikke innebærer en vesentlig ulempe å gi A fortrinnsrett til 20 prosent av den utlyste stillingen.

Nemndas mindretall finner det ikke tilstrekkelig sannsynliggjort fra arbeidsgivers side at det ikke lar seg gjøre å tilrettelegge turnusene. Mindretallet viser til at A i dag, etter eget ønske, har fått tilpasset turnusen slik at hun jobber mest kveldsvakter, at en ansatt i 100 prosent dag/kveldstilling nylig har fått deler av stillingen sin lagt til helgestilling på natt og at minst 4-5 andre ansatte har vakter både dag, kveld og natt. Videre opplyser arbeidsgiver selv at

vaktfordelingen dag/kveld/fri kan endres inntil to ganger hvert år etter pasientenes behov og ønsker fra ansatte. Mindretallet viser også til utlysningen der det går fram at stillingen for tiden er på natt, noe som tyder på at dette kan endres ved behov.

Mindretallet finner det heller ikke tilstrekkelig sannsynliggjort at det ikke lar seg gjøre å rekruttere til reststillingen på 30 prosent på natt og viser til at arbeidsgiver opplyser at det «vil kunne bli vanskelig», uten at det er gjort konkrete forsøk, eller at det kan vises til at dette har vært problematisk tidligere. Mindretallet kan heller ikke se at det er noen utslagsgivende forskjell mellom en stilling på 30 prosent og en «høyere enn 35 prosent» med hensyn til relasjonsbyggingen med pasientene og viser til at arbeidsgiver anfører dette som en ønsket nedre grense for stillingsstørrelse på natt.

Mindretallet har også lagt vekt på at stillingsstørrelsen på X vil være den samme som nå og at As kjennskap til disse pasientenes sårbarheter og utfordringer vil utgjøre en fordel i stillingen på natt. Dette, og at stillingen er på natt gjør at mindretallet ikke kan se at tilbudet til pasientene vil bli skadelidende på den måten arbeidsgiver anfører.

Mindretallet har forståelse for at det innebærer en ekstra jobb for arbeidsgiver å samkjøre flere turnuser på hensiktsmessig måte, men slik saken er opplyst utgjør dette etter mindretallets oppfatning ikke en vesentlig ulempe som oppfyller lovens krav. Det bemerkes også at det likevel er startet en prosess med endring av turnusene, noe mindretallet antar gjør ulempene ved den aktuelle endringen, mindre.

Mindretallet har etter dette kommet til at A har fortrinnsrett til 20 prosent av den utlyste stillingen fremfor at arbeidsgiver foretar ny ansettelse i virksomheten.

Ettersom flertallet har konkludert med at A ikke gis medhold i krav om fortrinnsrett til 20 prosent av stillingen må flertallet vurdere om hun har fortrinnsrett til hele 50-prosentstillingen kombinert med en reduksjon av sin faste stilling til 50. Flertallet kan ikke se at arbeidsgiver motsetter seg en slik reduksjon i seg selv, forutsatt at det ikke innebærer vesentlig ulempe.

Flertallet har etter en konkret vurdering kommet til at også en slik løsning vil medføre vesentlig ulempe for virksomheten. Utgangspunktet for vurderingen må være den samme som der den utlyste stillingen deles og det skal etter forarbeidene stilles små krav til arbeidsgivers konkretisering av ulempene for å anse vilkåret oppfylt.

I vurderingen har flertallet lagt til grunn arbeidsgivers opplysninger om at dette vil kunne medføre flere og ikke færre deltidsansatte, og at det vil kunne være vanskelig å rekruttere til en 30 prosent reststilling på dag. Det vil være vanskelig å få til hensiktsmessige turnuser når enda flere ulike arbeidsplaner skal samkjøres og det samtidig må tas hensyn til pålegg om hviletid. Lavere stillingsprosent enn 70-80 på dag vil gå utover tjenestetilbudet ved at relasjonsbyggingen med pasientene blir skadelidende, prosesser stopper opp og oppgaver må overføres til andre ansatte som allerede har høy stillingsprosent. Etter flertallets oppfatning utgjør dette samlet sett en vesentlig ulempe for virksomheten som oppfyller lovens krav.

A har etter dette ikke fortrinnsrett til den omtvistede stillingen og kan dermed ikke få medhold i sitt krav.

Konklusjon

Arbeidstaker gis ikke medhold.

Tvisteløsningsnemnda

Anne Marie Due
Leder

15. desember 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).