



Tvisteløsningsnemnda

Vedtaksdato
27.02.2024

Vår referanse
2023/229

Saksbehandler
Katarina Torrissen Revang

SAK NR 11/24 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Sakens tema

Tvist om fortrinnsrett for deltidsansatte etter arbeidsmiljøloven § 14-3

Arbeidstaker

A

Arbeidsgiver

B

Vedtak

Ansettelsen av en ekstern søker var i strid med A sin fortrinnsrett etter arbeidsmiljøloven § 14-3.

Nemndas sammensetning

Steffen Rogstad, nestleder

Jan Eikeland, Akademikerne, fast medlem arbeidstakersiden

Andreas Dag Nilsen, KS, fast medlem arbeidsgiversiden

Berit Langset, Akershus universitetssykehus HF, bransjemedlem arbeidstakersiden

Karin Erlimo, Oslo universitetssykehus HF, bransjemedlem arbeidsgiversiden

Sakens bakgrunn

A er fast ansatt som klinisk spesialist i sykepleie i stilling på 57,22 prosent på B, arbeidssted er [avdeling]. A arbeider som nattevakt i Rehabiliteringsseksjonen lokalisert i D, og har vært fast ansatt ved B siden 1998.

B lyse høsten 2023 ut en 61 prosent sykepleierstilling med arbeidstid natt og dag/aften hver 6. helg ved rehabiliteringsavdelingen. Stillingen hadde søknadsfrist den 12. oktober 2023, med oppstartdato den 2. januar 2024. Bakgrunnen for utlysningen var at en vakant helsefagarbeiderstilling på 50,35 prosent (natt) og en vakant sykepleierstilling på 10,76 prosent (helg) ble slått sammen til en sykepleierstilling på 61 prosent.

Helsefagarbeiderkompetansen ble endret til sykepleier som følge av at Rehabiliteringsseksjonen har økende tilstrømming av pasienter med komplekse og krevende somatiske/medisinske problemstillinger, samt sjeldne tilstander hos voksne og barn.

A søkte på stillingen den 12. oktober 2023, og viste til fortrinnsrett etter arbeidsmiljøloven § 14-3. Hun ønsket å utvide stillingen sin til 65 prosent på natt, i tillegg til å dekke minimum to helger dag/aften per år (tilsvarende ca. 65,9 prosent). I søknaden fremgår det at det også var fem andre interne søkere som ønsket å dele den utlyste stillingen. A la, sammen med de andre interne søkerne, fram et håndskrevet forslag i møte med arbeidsgiver den 6. oktober 2023, om hvordan arbeidsplanen/turnusen kunne løses ved tildeling av fortrinnsrett som foreslått.

Ingen av de seks deltidsansatte ble innkalt til intervju, og forslaget deres ble heller ikke diskutert nærmere.

B avslo kravet via e-post den 6. november 2023, og informerte samtidig om at de hadde tilsatt en ekstern søker i stillingen.

Samtlige av de seks interne søkerne har fremmet sak for Tvisteløsningsnemnda. Etter dette har én av disse sagt opp sin stilling i virksomheten.

B har i løpet av saksforberedelsen vurdert sakene på nytt, og opplyst at vurderingen er gjort som om ingen var tilsatt. Etter ny vurdering har B kommet til at vilkårene for fortrinnsrett var oppfylt for alle de interne søkerne, men kun for totalt 11 prosent av stillingen, fordi innvilgelse utover 11 prosent ville innebære en vesentlig ulempe.

Arbeidsgiver har gitt tilbud om utvidet stilling til fire av de interne søkerne. A var en av disse, og fikk tilbud om 3,78 prosent stillingsutvidelse. Dette takket hun nei til den 15. desember 2023, og begrunnet dette med at saken er omtvistet. Samtlige av de som fikk tilbud om stillingsøkning, har takket nei. Dette er begrunnet med at en slik tildeling vil ødelegge for det de i fellesskap har krevd. Det er opplyst at de ansatte vil takke ja til et tilbud om økt stilling dersom hele den utlyste stillingen blir fordelt noenlunde i tråd med deres opprinnelige krav.

Sakens dokumenter

A sendte saken til nemnda den 12. november 2023.

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

A har sendt følgende til nemnda:

- brev av 12. november 2023
- to brev av 24. november 2023

B har sendt følgende til nemnda:

- brev av 14. november 2023
- brev av 24. november 2023
- to brev av 12. desember 2023
- brev av 18. november 2023
- brev av 5. januar 2024

Arbeidsgivers syn på saken

B hevder at samtlige av de interne søkerne har fortrinnsrett til totalt 11 prosent av stillingen, og at innvilgelse av fortrinnsrett utover dette vil innebære vesentlig ulempe for virksomheten. Dette fordi de minst må ha 50 prosent stillingsstørrelse, og at de må tilsette én person ekstra for å få en tilstrekkelig helsefremmende turnus. Når det gjelder fordelingen av disse 11 prosentene og hvem som skal få stillingsutvidelse, så forbeholder arbeidsgiver seg retten til å avgjøre hvilke kriterier som skal vektlegges.

Arbeidsgiver opplyser at de har gjort en vurdering av hva som anses som minste forsvarlige stillingsstørrelse ved seksjonen, og kommet til at dette er 50 prosent. Vurderingen er basert på at de har en stadig mer krevende pasientgruppe ved seksjonen, og at det er økt behov for kontinuitet for å opprettholde tilstrekkelig kontinuitet, mengde arbeid og faglig kvalitet framover. Dersom stillingsbrøker blir lavere, vil det etter arbeidsgivers syn bli for lange opphold mellom hver vakt til å holde seg oppdatert på rutiner, prosedyrer og til å opprettholde tilstrekkelig fagkompetanse for å yte den standard og kvalitet som forventes i spesialisthelsetjenesten ved denne seksjonen.

B opplyser videre om at de jobber kontinuerlig med utvikling av arbeidsplaner, og at de har en overordnet målsetting om å ha så høye stillingsbrøker som mulig. Dette kan likevel ikke gå mot anbefalinger om helsefremmende og risikoreduserte arbeidsplaner. Forslaget til de seks arbeidstakerne innebærer at de ansatte i en 12 ukers periode har 4-5 arbeidsperioder på rad. B har i tråd med Arbeidstilsynets anbefalinger, vurdert at det ikke er helsefremmende og risikoreduserende å ha mer enn tre nattevakter på rad i en arbeidsplan. For at arbeidsplanen ikke skal være helseskadelig for arbeidstakeren over tid, er det derfor nødvendig med et visst antall ansatte for å dekke helger og ukedager. Arbeidsgiver understreker at det er stor forskjell på hva som er planlagt som en fast ordning i en arbeidsplan, og hva som unntaksvis må aksepteres ved vakanser og fravær. Når det gjelder at nåværende arbeidsplan ved flere anledninger har flere enn fire netter på rad, viser arbeidsgiver til at dette er basert på de ansattes individuelle ønsker og at det hovedsakelig kan kalles en ønsketurnus.

Arbeidstakers syn på saken

A hevder i saken for Tvisteløsningsnemnda at hun har fortrinnsrett til 8,7 prosent av den

utlyste 61 prosent sykepleierstillingen, slik at hun til sammen får ca. 65,9 prosent stilling. A mener at det ikke vil være til vesentlig ulempe for virksomheten om de ikke fikk tilsatt én person ekstra, og at arbeidsgiver kunne ha innvilget prosentene slik hun og de andre søkerne foreslo.

Arbeidstaker opplyser at ny bemanningsplan for nattevaktene er tre sykepleiere på natt i ukedagene (natt til tirsdag, onsdag, torsdag og fredag) og to sykepleiere på natt i helgene (natt til lørdag, søndag og mandag). Det er samme antall personer som tidligere, men nå er alle stillinger sykepleierstillinger.

Den utlyste stillingen inneholder i tillegg til den tidligere helsefagarbeiderstillingens nattevakter, aften/dag hver 6. helg. Denne vekten kan ifølge A fordeles mellom alle, slik de har foreslått, eller noen (minst to) av de seks som har fremmet krav om utvidet stilling. I forslaget som hun og de andre søkerne fremmet for arbeidsgiver, var alle vaktene i den utlyste 61 prosentstillingen dekket av åtte nattevakter. A mener at forslaget ivaretar individuelle hensyn og at vaktene er fordelt på en helsemessig god måte.

Når det gjelder antall nattevakter på rad, så mener A at det vil gi bedre sykepleie og oppfølging å ha fire netter på rad hvor de kjenner pasientene, framfor å ha tre netter én periode og én natt en annen periode med andre pasienter. Arbeidstaker opplyser også at pasientene gir uttrykk for frustrasjon der de ikke føler det er kontinuitet og det stadig kommer nytt personell på natt. Ved å ha én eller to netter om gangen så vil de ansatte ha et stort antall pasienter å bli kjent med, og dermed høyere risiko for å gå glipp av viktig informasjon, enn der de har fire netter på rad.

A opplyser videre om at turnusen de åtte sykepleierne har hatt over mange år, inneholder 18 perioder med fire nattevakter etter hverandre. De som av ulike grunner ikke ønsker mer enn tre nattevakter på rad etter hverandre, har ikke det. I planlagt turnus fra 1. februar 2024 har arbeidsgiver dessuten også planlagt flere økter med fire nattevakter på rad, da det er planlagt totalt 23 økter med fire nattevakter etter hverandre i løpet av en 12 ukers turnus. A mener at dette synliggjør at arbeidsgiver fortsetter å planlegge turnus med slike vakter. Dette gjelder også andre steder på B, hvor det noen steder til og med planlegges inntil sju netter etter hverandre, både innen psykisk helse og rus, og ved kirurgiske avdelinger.

Videre bemerker A at søkerne ofte dekker opp for ekstravakter, og at det tidligere aldri har vært et problem for arbeidsgiver at de har arbeidet opptil fem netter i strekk. Hun stiller derfor spørsmålsteget ved at dette blir brukt som et argument for ikke å gi høyere stillingsprosent.

A bemerker også at hun og de andre interne søkerne har arbeidet i virksomheten i årevis og har dekket opp ekstravakter ved fravær og liknende. Dette er den eneste «ulempen» som de selv kan se ved tildeling av høyere stilling, nemlig at de ikke vil kunne brukes som ekstravakter i like stort omfang som tidligere. Dette er imidlertid ikke et argument som arbeidsgiver har trukket fram i denne saken.

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 det vil være til vesentlig ulempe for B å innvilge fortrinnsrett til deler av stillingen til A.

Nemndas begrunnelse

Nemnda har enstemmig kommet til at A hadde fortrinnsrett til deler av den utlyste stillingen.

Nemnda har gjort disse vurderingene:

Ville innvilgelse av fortrinnsrett for A innebære vesentlige ulemper for B?

Nemnda har kommet til at det ikke ville innebære vesentlige ulemper for B om A fikk fortrinnsrett til deler av 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.

Nemnda finner ikke grunnlag for å overprøve arbeidsgivers vurdering om at 50 prosent stilling er den lavest forsvarlige stillingsbrøken ved Rehabiliteringsseksjonen. Nemnda viser

til at kompetansekravet til den vakante helsefagarbeiderstillingen, som var hovedgrunnlaget for utlysningen, i forkant av utlysningen ble endret til sykepleiekompetanse. Videre viser nemnda til at A selv har argumentert for at seksjonen har en stadig mer krevende pasientgruppe som har behov for kontinuitet.

I denne saken har arbeidstakerne samlet lagt frem et forslag til løsning som innebærer at arbeidsgiver verken ville fått en reststilling eller flere deltidsansatte. Løsningsforslaget innebærer heller ikke at noen vil ha mindre stillinger enn 50 prosent. Arbeidsgiver ville imidlertid ikke fått tilsatt én person ekstra, som arbeidsgiver anfører ville innebære en vesentlig ulempe. Forslaget fra arbeidstakerne innebærer at alle vakter i turnusen dekkes opp, og dermed kan heller ikke manglende dekning av vakter anses som en vesentlig ulempe. Når det gjelder antall nattevakter på rad, så har B også i ny bemanningsplan som gjelder fra 1. februar 2024, planlagt flere økter med fire nattevakter på rad. Nemnda har derfor kommet til at fortrinnsrett ikke kan nektes som følge av at det vil medføre noen flere perioder med fire nattevakter på rad.

Nemnda mener etter en samlet vurdering at arbeidsgiver ikke har sannsynliggjort en vesentlig ulempe ved å fordele den utlyste stillingen på de fortrinnsberettigede søkerne. Hvordan stillingen eventuelt skulle fordeles mellom de fortrinnsberettigede har ikke nemnda tatt stilling til.

Nemnda bemerker at selv om én av de seks interne søkerne har sagt opp, så kunne B etter nemndas syn utlyst hele denne arbeidstakeren sin stilling med foreslått turnusplan, og høyere stillingsprosent eller alternativt fastsatt andre turnusordninger. Oppsigelsen har på den måten ingen innvirkning på nemndas vurdering.

Nemnda bemerker også at det er uheldig at arbeidsgiver ikke har drøftet fortrinnsrett og forslaget til arbeidstakerne før de gikk videre i tilsettingsprosessen med arbeidstakerne slik arbeidsmiljøloven § 14-3 fjerde ledd krever.

Tvisteløsningsnemnda

Steffen Rogstad
Nestleder

27. februar 2024