



Tvisteløsningsnemnda

Vedtaksdato
2. mai 2023

Vår referanse
2023/14

Saksbehandler
Katarina Torrissen Revang

VEDTAK NR 45/23 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Sakens tema

Tvist om fortrinnsrett for deltidsansatte etter arbeidsmiljøloven § 14-3 mellom A og B kommune, X

Vedtak

Ansettelsen av tre eksterne søkere var i strid med As fortrinnsrett etter arbeidsmiljøloven § 14-3.

Nemndas sammensetning

Anne Marie Due, leder
Ingrid Tordis Enoksen, UNIO, fast medlem arbeidstakersiden
Marte Solberg, Virke, fast medlem arbeidsgiversiden
Arne Løseth, Fagforbundet, bransjemedlem arbeidstakersiden
Arnfinn Grønvold, Lillestrøm kommune, bransjemedlem arbeidsgiversiden

Sakens bakgrunn

A er fast ansatt som helsefagarbeider i stilling på 75 prosent i B kommune, X, ved Z helsehus.

A fremsatte den 22. desember 2022 krav om fortrinnsrett etter arbeidsmiljøloven § 14-3. Kravet ble fremmet i forbindelse med utlysning av tre faste stillinger på henholdsvis 40, 50 og 53 prosent. I stillingsutlysningen står det at stillingene for tiden er i 2-delt turnus dag/kveld, med arbeid gjennomsnittlig annenhver helg.

Arbeidsgiver avsto kravet i brev av 16. februar 2023 og begrunnet avslaget med at innvilgelse av fortrinnsrett ville innebære vesentlig ulempe for Z helsehus.

De omtvistede stillingene er besatt av personer som hadde vikariater på ulike avdelinger på Z helsehus.

Sakens dokumenter

A fremmet saken for nemnda 17. januar 2023. Samtidig fremmet en annen deltidsansatt ved Z helsehus krav om fortrinnsrett til de samme stillingene.

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

A har sendt disse brevene til nemnda:

- brev av 17. januar 2023
- brev av 25. januar 2023
- brev av 26. januar 2023
- brev av 27. februar 2023
- brev av 9. mars 2023

B kommune, X har sendt disse brevene til nemnda:

- brev av 1. februar 2023
- brev av 15. februar 2023

Arbeidsgivers syn på saken

B kommune gjør gjeldende at A ikke kan få medhold i sitt krav, da det vil medføre vesentlige ulemper for virksomheten. Arbeidsgiver viser til at samtlige stillinger er planlagt med arbeid annenhver helg, noe som utgjør om lag 20 prosent. Ettersom A allerede arbeider annenhver helg, vil hun ikke kunne påta seg noen av helgevaktene som er tillagt stillingene, uten at det medfører brudd på arbeidsmiljølovens regler om arbeidstid. Innvilgelse av kravet vil dermed i praksis øke utfordringsbildet med flere ledige, små deltidsstillinger knyttet til helg, og det blir vanskeligere å sikre bemanning med tilstrekkelig kompetanse i helgene. Uansett hvilken stilling som reduseres som følge av innvilgelse av kravet, vil den resterende stillingen hovedsakelig være knyttet til helg.

Arbeidsgiver viser videre til at det nærmest er umulig å rekruttere faglært helsepersonell i det omfanget helsehuset trenger, og opplyser at de for tiden har 48 ubesatte helgestillinger. Flere av disse er lagt til annen hver helg og enkelte til tredje hver helg. Dette til tross for at de jevnlig søker etter fast ansatte til helgestillingene. Som eksempel viser de til at Langtidshjemmet C før jul søkte etter fagutdannede til faste helgestillinger. Majoriteten av

søkerne var ufaglærte, og etter rekrutteringsprosessen var det ingen som kunne innstilles til stillingene. Erfaringen er at det må være en viss størrelse på stillingene for å tiltrekke seg fagutdannet personell.

Videre presiserer kommunen at de er ansvarlig for å levere forsvarlige helsetjenester, uavhengig av ukedag. Arbeidsgiver hevder at det er viktig med fagpersonell i helsehuset, da det i stadig større grad viderefører sykehusbehandling. Personalet som har ansvar for pasientene må ha innsikt i pasientenes sykdomsbilde, kunne forstå symptomer på fallende allmenntilstand og ha handlingskompetanse når en forverring av tilstanden inntreffer. Videre opplyser arbeidsgiver at pasientene er sykere og har mer sammensatte lidelser med større pleiebehov enn tidligere. Dette har forsterket seg ytterligere etter to år med pandemi, og pasientene er multisyke og har behov for lik behandling og pleie gjennom alle ukens dager. Det er derfor en grense for hvor mange ufaglærte man kan ha på jobb i helgene, uten at det går utover kvaliteten og forsvarligheten av tjenestene.

Arbeidstakers syn på saken

A gjør gjeldende at hun har fortrinnsrett til deler av de utlyste stillingene på henholdsvis 40, 50 og 53 prosent, da ulempene ved å innfri kravet ikke innebærer en vesentlig ulempe i denne saken. Arbeidstaker viser til at det allerede er 48 ledige helgestillinger, og at bildet vil bli tilnærmet likt selv om hun skulle få medhold i sitt krav. Dette kan derfor ikke anses for å være en vesentlig ulempe.

A viser også til at arbeidsgiver ved å utvide hennes stilling sammen med den andre som har fremmet tilvarende krav, vil sitte igjen med to fulle stillinger og en stilling på 77,08 prosent som andre deltidsansatte kan få, framfor å ha fire deltidsstillinger. En slik oppdeling av den utlyste stillingen vil dermed redusere antallet deltidsansatte hos arbeidsgiver, som er midt i kjerneområdet for bestemmelsen.

Videre opplyser A at X benytter seg av kalenderplan som arbeidsplansystem. Dette er et system hvor man reviderer og tilpasser turnusene til driftsbehovet jevnlig i løpet av året. Dette gir arbeidsgiver handlingsrom til å tilpasse arbeidstidsordningen til driftsbehovet og tilgjengelige personellressurser i løpet av relativt kort tid.

Nemndas vurderinger

Tvisteløsningsnemnda 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 innfrielse av kravet vil innebære en vesentlig ulempe for virksomheten.

Vurderingen av om det foreligger vesentlig ulempe er basert på en konkret vurdering, herunder 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 ved ikke å få ansatt flere personer, eksempelvis for å unngå konflikt med arbeidstidsbestemmelser. Det kan også legges vekt på om utøvelse av fortrinnsrett medfører ulemper for andre arbeidstakere, som flere ubekvemme vakter eller færre personer å dele arbeidet på.

Det er arbeidsgiver som må sannsynliggjøre at fortrinnsretten vil innebære vesentlig ulempe.

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. Et eksempel er at det kan medføre 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.

I vurderingen av om innvilgelse av fortrinnsrett til deler av en av de utlyste stillingene ville innebære vesentlig ulempe for virksomheten, har nemnda delt seg i et flertall og et mindretall.

Nemndas flertall, medlemmene Due, Enoksen og Løseth, har kommet til at det ikke ville innebære vesentlig ulempe for virksomheten dersom A fikk fortrinnsrett til deler av en av de utlyste stillingene. I vurderingen har flertallet lagt vekt på at innvilgelse av fortrinnsrett ville redusert antallet deltidsansatte i virksomheten, noe som er midt i kjerneområdet for bestemmelsen. Flertallet viser videre til at det er hele 48 ubesatte helgestillinger i helsehuset. Flertallet har forståelse for at dette er en krevende situasjon for arbeidsgiver, men samtidig er det flertallets syn at innvilgelse av fortrinnsrett for A ikke vil forverre utfordringene med å få dekket opp helgene med kvalifisert personell i den grad at det kan anses å utgjøre en vesentlig ulempe i lovens forstand. Flertallet kan ikke se at det er fortrinnsrett for A som utløser en vesentlig ulempe for virksomheten, men at virksomheten generelt har utfordringer knyttet til å få dekket ubesatte stillinger i helgene.

Nemndas mindretall, medlemmene Solberg og Grønvold, har kommet til at det vil innebære vesentlige ulempe for arbeidsgiver dersom A fikk fortrinnsrett til deler av en av de utlyste stillingene. I vurderingen har mindretallet lagt vekt på at arbeidsgiver har behov for å dekke opp helger med kvalifisert personell. Mindretallet viser til at det fremgår av utlysningsteksten at stillingene har en 2-delt turnus på dag/kveld, med arbeidstid gjennomsnittlig annenhver helg, og at A allerede arbeider annenhver helg. Hun vil derfor ikke kunne påta seg mer helgearbeid, og en oppdeling av stillingene vil derfor i praksis medføre at restprosenten hovedsakelig vil være knyttet til helg. Mindretallet viser til at det stilles små krav til konkretisering av ulempe når det gjøres fortrinnsrett gjeldende til del av en stilling. I denne saken finner nemndas mindretall det tilstrekkelig sannsynliggjort at arbeidsgiver vil få problemer med å få dekket opp reststillingene med kvalifisert personell.

Mindretallet viser til at arbeidsgiver har 48 ubesatte helgestillinger, til tross for jevnlig forsøk på å få rekruttert inn kvalifisert personell til disse stillingene. Etter en konkret helhetsvurdering har nemndas mindretall dermed kommet til at dette er tilstrekkelig konkretisering av ulempe og at arbeidstaker derfor ikke kan få medhold.

Ettersom flertallet har kommet til at innfrielse av kravet ikke ville innebære vesentlige ulemper for virksomheten, hadde A fortrinnsrett til deler av en av de utlyste stillingene på henholdsvis 40, 50 og 53 prosent.

Nemndas konklusjon

Ansettelsen av tre eksterne søkere var i strid med As fortrinnsrett etter arbeidsmiljøloven § 14-3.

Tvisteløsningsnemnda

Anne Marie Due
Leder

2. mai 2023

Hva kan dere gjøre hvis dere er uenige i avgjørelsen?

Dere kan ikke klage på nemndas vedtak, men saken kan behandles på nytt av domstolene. Saken må sendes til tingretten før det har gått åtte uker fra dere fikk vedtaket. Fristen starter når dere, eller den som representerer dere, får tilgang til vedtaket.

Avgjørelsen til nemnda gjelder mens saken er til behandling i domstolene, hvis ikke retten bestemmer noe annet.

Hva skjer når fristen har gått ut?

Hvis ingen har brakt saken inn for tingretten før det har gått åtte uker, gjelder vedtaket som om det var en dom. Avgjørelsen til nemnda er da bindende og endelig.

Dette står i arbeidsmiljøloven § 17-2.