



Tvisteløsningsnemnda

Vedtaksdato
18. oktober 2022

Vår referanse
2022/70

Saksbehandler
Maria Schilvold

VEDTAK NR 79/22 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Tvisteløsningsnemnda avholdt møte torsdag 13. oktober 2022.

Ved behandlingen av saken var Tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Steffen G. Rogstad, nestleder
Vetle Wetlesen Rasmussen, YS
Silje Stadheim Almestrand, NHO

Særskilt oppnevnte medlemmer

Mette Neergård, OUS
Vegard Aasland Nymoen, Ahus

Saken gjelder

Tvist om fortrinnsrett for deltidsansatte etter arbeidsmiljøloven § 14-3

Arbeidstaker

A

Arbeidsgiver

B

Det ble truffet slikt vedtak:

Saksforhold

A er ansatt som sykepleier i fast stilling på 50 prosent ved B, for tiden ved medisinsk avdeling ved akuttmottaket på X lokalsykehus. Hun er i tillegg ansatt i et vikariat på 30 prosent ved samme avdeling fram til 23. oktober 2022. A hadde 35 prosent fast stilling fram til 20. juni 2022.

Våren 2022 lyste B ut tre faste stillinger på 70 prosent og ett vikariat på 100 prosent som sykepleier ved akuttmottaket og legevakten ved X lokalsykehus. Alle stillingene var inkludert helgearbeid. Søknadsfrist var 27. mars 2022. Det var samtidig ledig en fast stilling på 80 prosent som ikke var tilknyttet helg. Underveis i ansettelsesprosessen ble det i tillegg ledig en 80 prosent fast stilling med helgearbeid som det også ble rekruttert til i samme runde.

A søkte på de faste stillingene. Hun ønsket 100 prosent fast stilling, og hadde fra før oppgitt i personalportalen at hun var ufrivillig deltidsansatt.

Ved brev datert 11. april 2022 fikk A tilbud om 15 prosent utvidet fast stilling fra 20. juni 2022, slik at hun til sammen ville få 50 prosent fast stilling. Hun fikk samtidig tilbud om 30 prosent vikariat til 23. oktober 2022. Av etterfølgende SMS-korrespondanse mellom A og hennes avdelingsleder kommer det frem at begrunnelsen for at A kun fikk utvidet sin faste stilling med 15 prosent var fordi det var flere andre faste deltidsansatte som også fikk utvidet sine stillinger i tillegg til at det var behov for å ansette nye sykepleiere for å få dekket turnusen, særlig helger.

I tillegg til at A fikk utvidet sin faste stilling med 15 prosent, ble følgende ansettelsesgjort:

- En fast deltidsansatt i stilling på 50 prosent fikk utvidet stillingen med 20 prosent
- En fast deltidsansatt i stilling på 40 prosent fikk utvidet stillingen med 30 prosent
- En fast deltidsansatt i stilling på 75 prosent fikk utvidet stillingen med 25 prosent
- En midlertidig ansatt vikar fikk 70 prosent fast stilling
- Tre nye sykepleiere ble ansatt i stillinger på 70 prosent

Saken ble brakt inn for Tvisteløsningsnemnda ved brev datert 26. april 2022. Overfor nemnda har begge parter fått anledning til å komme med utfyllende merknader i saken.

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidstaker:

- brev datert 26. april 2022
- brev datert 3. mai 2022
- brev datert 26. mai 2022
- brev datert 17. juni 2022

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev datert 20. mai 2022
- brev datert 10. juni 2022
- brev datert 26. august 2022

Arbeidstakers anførsler

A gjør gjeldende at hun har rett til ytterligere utvidet stilling og anfører i det vesentligste at det ikke vil medføre vesentlig ulempe for virksomheten.

A mener det ikke var nødvendig å ansette nye sykepleiere, da alle sykepleierne som allerede er ansatt ved akuttmottaket har forpliktet seg i sine arbeidskontrakter til å jobbe hver tredje helg, i tillegg til to ekstra helger i året ved behov. Disse to ekstrahelgene er aldri blitt benyttet, og arbeidsgiver har derfor utnyttet arbeidskraft i helgene der.

Videre mener A at de nye sykepleierne i alle tilfeller skulle ha blitt ansatt i mindre stillinger enn 70 prosent, da dette ville vært tilstrekkelig til å jobbe helg. Hun viser til at hun selv jobbet helger i sin 35-prosentstilling.

Arbeidsgivers anførsler

B gjør gjeldende at A ikke har krav på ytterligere utvidet stilling og anfører i det vesentligste at det vil medføre vesentlig ulempe for virksomheten.

B viser til at det også var andre faste deltidsansatte sykepleiere ved avdelingen som ønsket utvidet stilling. Ifølge B var flere av disse bedre kvalifisert enn A og fikk derfor større stillingsutvidelser enn henne. Flere fikk ikke utvidet stilling i det hele tatt. B anfører at nemnda ikke har kompetanse til å overprøve arbeidsgivers vurderinger i valget mellom flere fortrinnsberettigede, og viser til nemndas tidligere praksis.

Videre viser B til at det er et ønske fra sykehusets side at alle deltidsansatte skal inneha minst 50 prosent stilling for å sikre kontinuitet og opprettholdelse av kompetanse. B oppgir at de tillitsvalgte også støtter dette. A fikk derfor utvidet sin stilling med 15 prosent, slik at hun totalt har 50 prosent fast stilling.

B viser også til at det var nødvendig å ansette nye sykepleiere ved avdelingen for å få dekket helgebemanningen. B mener de to ekstra helgene som hver ansatt har forpliktet seg til å arbeide blir benyttet ved behov, men oppgir at de ansatte i størst mulig grad ønsker å slippe å jobbe disse helgene. Arbeidsgiver prøver i rekrutteringsøyemed å imøtekomme dette ønsket, men mener likevel at driften er avgjørende. B oppgir også at det er ni kombinasjonsstillinger i akuttmottaket, hvilket betyr at disse ansatte også arbeider helger ved andre enheter. Dette vanskeliggjør helgebemanningen ytterligere. Følgelig ville en innfrielse av alle fortrinnsrettskravene fra de interne søkerne ha ført til en overbemanning på ukedagene, da disse arbeidstakerne allerede arbeider tredje hver helg pluss to ekstra helger i året og dermed ikke kan benyttes til ytterligere helgearbeid, samtidig som helgevaktbehovet fortsatt må dekkes inn. Alternativt måtte disse arbeidstakerne ha arbeidet 26,3 helger i året. Dette er ikke iht. arbeidsmiljølovens bestemmelser, sykehusets praksis eller ønsket fra arbeidstakerorganisasjonene.

Når det gjelder As anførsel om at de nye sykepleierne skulle ha blitt ansatt i mindre stillinger, mener B at de ikke hadde fått rekruttert inn søkere med et tilbud om 35 prosent fast stilling. B viser til at to av de nyansatte sykepleierne hadde fast stilling ved sykehuset fra før av, og at den tredje hadde 100 prosent fast stilling ved et annet sykehus. Ifølge B er Akuttmottaket sårbart når det gjelder legevaktfunksjonene og sertifiserte sykepleiere og er derfor avhengig

av å få rekruttert sykepleiere som kan starte sertifisering som legevaktsoperatør i tillegg til oppgavene i Akuttmottaket. Ved denne enheten er det særs viktig at den ubekvemme belastningen på sykepleierne er forsvarlig og at sykepleierne innehar riktig og best kompetanse.

Tvisteløsningsnemndas merknader

Tvist mellom arbeidsgiver og arbeidstaker om fortrinnsrett for deltidsansatte kan bringes inn for Tvisteløsningsnemnda, jf. arbeidsmiljøloven § 17-2 første ledd og § 14-3 femte ledd. I henhold til forskrift om tvisteløsningsnemnd etter arbeidsmiljøloven § 2 settes nemnda med nestleder og to faste medlemmer. I tillegg er det oppnevnt to medlemmer med særlig kunnskap om bransjen som er berørt i saken (bransjemedlemmer).

Arbeidsmiljøloven § 14-3 første ledd 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 annet ledd. Ved vurderingen av om arbeidstaker er kvalifisert kan det, i henhold til lovens forarbeider, tas hensyn til både faglige og personlige forutsetninger.

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.

Partene er enige om at de utlyste stillingene og As faste stilling har om lag samme arbeidsoppgaver og om at hun er kvalifisert for stillingene. Det er heller ikke bestridt fra As side at de andre faste ansatte som fikk utvidet sine stillinger hadde fortrinnsrett. Uenigheten gjelder hvorvidt en ytterligere utvidelse av As stilling fremfor de nye ansettelsene som ble foretatt vil medføre vesentlig ulempe for virksomheten, jf. § 14-3 annet ledd.

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) om at fortrinnsretten også kan gjelde for en del av en stilling 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.»

Virkingen 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 har etter en konkret vurdering kommet til at B ikke har sannsynliggjort at en ytterligere utvidelse av As stilling vil medføre vesentlig ulempe for virksomheten.

Arbeidsgivers hovedargument går ut på at det var nødvendig å rekruttere fire nye sykepleiere for å få dekket helgebemanningen ved Akuttmottaket. Nemnda vurderer det på sin side slik at det er tilstrekkelig med en stillingsprosent på 35 for å kunne regnes med i helgeturnusen, all den tid A jobbet helger før hun fikk utvidet stillingen sin til 50 prosent. Videre har sykehuset selv vurdert at en stilling på 50 prosent er tilstrekkelig for å sikre kontinuitet og opprettholde kompetanse. På denne bakgrunn er nemnda av den oppfatning at de nye sykepleierne i alle tilfeller kunne ha blitt ansatt i stillinger på 50 prosent, slik at de resterende 80 prosentene også kunne ha blitt fordelt ved utvidelsen av stillingene til de fortrinnsberettigede. Arbeidsgiver vil da fremdeles kunne opprettholde antall stillinger som er nødvendig for å fordele helg-, kveld- og nattarbeid. Nemnda har i vurderingen også lagt vekt på at arbeidsgiver ikke har forsøkt å rekruttere til lavere stillingsbrøker enn de utlyste, og heller ikke på annet vis har sannsynliggjort at lavere stillingsbrøker ville medført rekrutteringsutfordringer. Nemnda viser til at enheten faktisk har ansatte i 50-prosentstillinger, herunder A.

Nemnda har etter dette kommet til at ansettelsen av fire nye sykepleiere i stillinger som overstiger 50 prosent var i strid med As fortrinnsrett etter arbeidsmiljøloven § 14-3.

Nemnda vil avslutningsvis bemerke at det er uheldig at arbeidsgiver ikke har gjennomført drøftinger i henhold til arbeidsmiljøloven § 14-3 tredje ledd.

Konklusjon

Ansettelsen av fire nye sykepleiere i stillinger som overstiger 50 prosent var i strid med As fortrinnsrett etter arbeidsmiljøloven § 14-3.

Tvisteløsningsnemnda

Steffen G. Rogstad
Nestleder

18. oktober 2022

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 annet ledd.

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 tredje ledd.

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 fjerde ledd.