



Tvisteløsningsnemnda

Vedtaksdato
21. oktober 2022

Vår referanse
2022/25

Saksbehandler
Jenny Hanssen/Helene Nødset Lang

VEDTAK NR 78/22 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, Akershus universitetssykehus HF

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 sykepleier i 60 prosent stilling hos B. Ansettelsen gjelder ingen spesifikk avdeling, men «alle lokasjoner som til enhver tid hører inn under B». A arbeidet på søknadstidspunktet ved Akuttmottaket i X. Hun hadde foreldrepermisjon fra juni 2021.

I desember 2021 lyste B ut fem faste stillinger på 70 prosent ved C, Akuttmottak X, i «fleksibel turnus» og «for tiden tredelt turnus med arbeid hver 3. helg».

A søkte på de faste stillingene ved Akuttmottaket i desember 2021. I søknaden påberopte hun seg fortrinnsrett til deler av de utlyste stillingene for å oppnå større stilling.

Arbeidsgiver avsto kravet i SMS av 18. januar 2022. Arbeidsgiver begrunnet avslaget med at en annen arbeidstaker «som hadde krav har gått opp i stilling. De resterende prosentene er delt mellom 2 ansatte med lang erfaring.».

Sykehuset valgte å ansette fem personer (tre interne og to eksterne) i 60 prosent stilling, for å kunne fordele de resterende 50 prosentene på tre andre ansatte:

- En arbeidstaker fikk økt sin faste stilling på med 20 prosent etter arbeidsmiljøloven § 14-4-a
- To arbeidstakere fikk økt sine stillinger med 15 prosent hver på grunn av lengre ansiennitet enn A

Saken ble brakt inn for Tvisteløsningsnemnda ved brev datert 11. februar 2022, journalført 15. februar 2022. Overfor nemnda har begge parter fått anledning til å komme med utfyllende merknader i saken.

A fikk fra 14. mars 2022 og frem til 31. august 2022 midlertidig økt stillingen sin med 20 prosent.

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidstaker:

- brev datert 11. februar 2022
- brev datert 18. februar 2022
- brev datert 22. august 2022
- brev datert 29. august 2022

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev datert 28. februar 2022
- brev datert 30. mars 2022
- brev datert 14. juni 2022
- brev datert 9. september 2022

Arbeidstakers anførsler

A anfører i det vesentligste at hun hadde fortrinnsrett til de utlyste stillingene og ønsket utvidet stilling til 100 prosent.

Hun anfører at tillitsvalgte holdes utenfor ansettelsesprosesser og at hun derfor ikke har oversikt over nytilsattes kvalifikasjoner eller ansiennitet. Hun er heller ikke innkalt til drøftingsmøte i forbindelse med sine søknader om utvidet stilling. Hun anfører imidlertid at flere av de ansatte har kortere ansiennitet enn henne ved akuttmottaket.

Arbeidsgivers anførsler

B anfører i det vesentligste at en ytterligere oppsplitting av stillingene for å etterkomme As krav om fortrinnsrett ville vært til vesentlig ulempe for virksomheten, da sykehuset ikke ville hatt tilstrekkelig antall ansatte til å dekke turnusen. Sykehuset mener A er kvalifisert for stillingene og at de innebærer om lag de samme arbeidsoppgavene som hennes nåværende stilling.

Sykehuset lyste ut fem faste stillinger i 70 prosent, men valgte å ansette fem personer i 60 prosent stilling, for å kunne fordele de resterende 50 prosentene på tre andre ansatte slik at én ansatt fikk økt sin faste stilling med 20 prosent etter arbeidsmiljøloven § 14-4-a, og to ansatte fikk økt sine stillinger med 15 prosent hver. Disse to ansatte hadde lengre ansiennitet enn A.

Sykehuset opplyser at de tilstreber at nyansatte ikke skal ha lavere stillinger enn 60 prosent for at de ansatte skal ha tilstrekkelig kompetanse, noe arbeidsgiver har arbeidet med over flere år. Dersom A skulle fått 20 prosent, som arbeidsgiver anfører var hennes ønske, ville det medført at en nyansatt kun ville fått 40 prosent stilling.

Sykehuset anfører videre at en ansatt mindre ville medført utfordringer med gjennomføring av turnusen. Sykehuset opplyser at de hadde behov for 60 ansatte til å dekke helgevaktene på akuttmottaket per 1. januar 2022. Dette ble økt til 63 ved ansettelsestidspunktet. De jobber nå med en plan for ytterligere økning av bemanningen på helg for å dekke nødvendige funksjoner og møte den økende pasientmengden.

Tvistløsningsnemndas 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.

Nemnda legger til grunn at partene er enige om at A er fast ansatt i deltidsstilling, at hun er kvalifisert for stillingene og at arbeidsoppgavene i de stillingene hun har søkt på er tilsvarende de hun utfører i sin nåværende stilling. Tvisten omhandler hvorvidt utøvelse av fortrinnsretten vil innebære vesentlige ulemper for arbeidsgiver. Nemnda legger til grunn at A har søkt om utvidelse opp mot full stilling på bakgrunn av søknadsteksten hvor hun skriver at hun ønsker seg «større stilling». Det er ikke angitt i hennes søknad at den begrenser seg til en utvidelse på 20 prosent. Nemnda har derfor tatt utgangspunkt i en vurdering av ulempene ved at A hadde fått en utvidelse til full stilling, det vil si ytterligere 40 prosent. Det er ikke bestridt at 50 prosent av de utlyste stillingene ble gitt til andre fortrinnsberettigede og en ansatt med krav etter § 14-4 a, slik at drøftelsen videre kun handler om de fem nyansettelsene på 60 prosent hver.

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.»

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.

Nemndas flertall, medlemmene Rogstad, Rasmussen og Neergård, har etter en konkret vurdering kommet til at arbeidsgiver ikke har sannsynliggjort at det vil medføre vesentlig ulempe for virksomheten å gi A fortrinnsrett.

I vurderingen har flertallet lagt vekt på at det ville vært mulig for arbeidsgiver å gi A fortrinnsrett til 40 prosent av de utlyste stillingene uten at dette ville påvirke antallet ansatte eller størrelsen på stillingene nevneverdig. Arbeidsgiver har ikke vist at de har gjort tilstrekkelige forsøk på å fordele faste stillinger til interne deltidsansatte før de tildelte faste stillinger til eksterne. En utvidelse av As stilling ville redusert antallet deltidsansatte ved at en ansatt ville fått full stilling. En annen fordeling av de utlyste stillingene vil dermed redusere antallet deltidsansatte hos arbeidsgiver, noe som er i kjerneområdet for bestemmelsen. Nemndas flertall anser at fordelene ved å få en ansatt i full stilling, vil veie opp for eventuelle ulemper ved at noen eventuelt får en mindre stilling.

Flertallet vil også bemerke at det er uheldig at arbeidsgiver ikke har gjennomført drøftinger i henhold til arbeidsmiljøloven § 14-3 tredje ledd. Dette ville kunne bidratt til å avklare både hvor stor stillingsutvidelse A ønsket og til å finne mulige løsninger til fordel for begge parter.

Tvisteløsningsnemndas flertall har etter dette kommet til at ulempene ved å gi A fortrinnsrett til 40 prosent av de utlyste stillingene ikke kan anses som vesentlige i denne saken.

Nemndas mindretall, medlemmene Almestrand og Nymoen, har etter en konkret vurdering kommet til at det ville medføre vesentlig ulempe for virksomheten å gi A fortrinnsrett til å utvide stillingen til full stilling. Mindretallet har lagt vekt på arbeidsgivers argumentasjon om at sykehuset enten ville fått for få antall ansatte til å dekke bemanningsbehovet på Akuttmottaket, eller at noen av stillingene ville blitt under 60 prosent, noe sykehuset tilstreber å unngå av hensyn til kompetanse. Mindretallet har etter dette kommet til at A ikke hadde fortrinnsrett til utvidet stilling i forbindelse med nyansettelsene på 60 prosent hver.

Konklusjon

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

Tvisteløsningsnemnda

Steffen G. Rogstad
Nestleder

21. 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.