



Tvisteløsningsnemnda

Vedtaksdato
27. oktober 2021

Vår referanse
2021/113

Saksbehandler
Nina N. Hermansen

VEDTAK NR 127/21 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Tvisteløsningsnemnda avholdt møte torsdag 14. oktober 2021.

Ved behandlingen av saken var Tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Anne Marie Due, leder
Silje Hassellund Solberg, LO
Silje Stadheim Almestrand, NHO

Særskilt oppnevnte medlemmer

Åsulv Solstad, Ahus
Cathrine Kvisvik Aass, Rikshospitalet

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 intensivsykepleier/spesialutdannet sykepleier i stilling på 80 prosent ved nyfødtintensivavdelingen (NFI) på B.

Hun har en midlertidig stilling som spesialsykepleier på 15 prosent ved NFI frem til 31. august 2022.

B lyste ut tre 100 prosent stillinger som spesialsykepleier/sykepleier ved Barne- og ungdomsklinikken, nyfødtintensiv ved B. Stillingene er i kombinasjon, 75 prosent ved nyfødtintensiv og 25 prosent ved bemanningsavdelingen. Søknadsfristen var 11. april 2021. Under ansettelsesprosessen kom det en oppsigelse, slik at det ble ledig fire 100 prosent stillinger.

NFI er en akuttavdeling som behandler meget små og alvorlig syke pasienter. Seksjonen har 15 senger/kuvøser og døgkontinuerlig drift.

Den 29. mars 2021 søkte A på stillingen og fremsatte krav om fortrinnsrett til 20 prosent av stillingsandelen tilhørende NFI. I tillegg fremmet tre andre sykepleiere krav om fortrinnsrett til 25 prosent av stillingsandelen tilhørende NFI i de øvrige utlyste stillingene.

Arbeidsgiver avsto kravet i brev datert 3. mai 2021. Avslaget ble begrunnet med at en fortrinnsrett til en del av den utlyste stillingen ville medføre vesentlig ulempe for virksomheten. Arbeidsgiver ga tilbud om økt stilling i bemanningsavdelingen. Arbeidsgiver har ansatt fire eksterne søkere i de utlyste stillingene. En tilsettes i 100 prosent stilling med 75 prosent ved NFI og 25 prosent i bemanningsavdelingen og tre stk. tilsettes i 75 prosent stilling ved NFI.

Saken ble brakt inn for Tvisteløsningsnemnda ved e-post av 15. mai 2021. Overfor nemnda har begge parter fått anledning til å komme med utfyllende merknader i saken.

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidstaker:

- e-post av 15. mai 2021
- e-post av 26. mai 2021
- brev datert 22. juni 2021
- brev datert 28. august 2021
- brev datert 22. september 2021

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev datert 2. juni 2021
- brev datert 17. august 2021
- brev datert 10. september 2021
- e-post av 5. oktober 2021
- brev datert 6. oktober 2021

Arbeidstakers anførsler

A anfører i det vesentligste at hun har fortrinnsrett til del av den utlyste stillingen ved NFI. Den utlyste stillingen og hennes nåværende stilling har om lag samme arbeidsoppgaver og hun er kvalifisert for stillingen. Arbeidstaker anfører at arbeidsgiver bare viser til generelle ulemper ved å innvilge fortrinnsrett og ikke en vesentlig ulempe.

Arbeidstaker har takket nei til tilbudet om 20 prosent stilling i bemanningsavdelingen fordi hun ikke anser det som forsvarlig å arbeide 20 prosent fordelt på to døgnområder/fagfelt hvor hun ikke har erfaring eller fagspesifikk sykepleierkompetanse. Arbeidstaker er også uenig i at hun ikke er ufrivillig deltidsansatt fordi hun har fått tilbud om 100 prosent stilling i kombinasjon med bemanningsavdelingen. Arbeidsgiver har ikke tilbudt henne en stilling med om lag samme arbeidsoppgaver som hennes nåværende stilling og har dermed ikke oppfylt sine plikter etter fortrinnsretten.

Hvis hun får fortrinnsrett til 20 prosent av en av de utlyste stillingene så kan arbeidsgiver fortsatt ansette 4 nye sykepleiere, bare med en eller flere i litt lavere stillingsbrøk. Arbeidsgiver sier at man som hovedregel må ha minimum 75 prosent stilling, ikke at det er et absolutt krav. Stillinger som var sagt opp var 2 x 63 prosent, 75 prosent og 90 prosent. Stillingene som var utlyst, var 4 x 75 prosent. Dette viser at arbeidsgiver kan sjonglere med stillingsbrøker og at det ikke er faste brøker som må bestå. Om A får fortrinnsrett til 20 prosent kan det utlyses 4 x 70 prosent eller 2 x 65 prosent og 2 x 75 prosent. En reduksjon på 5 prosent utgjør 3 vakter på 12 uker, og vil ikke være årsaken til manglende kompetanseutvikling hos en nyansatt. I tillegg kan lavere prosenter suppleres med et tilleggsvikariat, noe som er svært vanlig på avdelingen. A har eksempelvis et tilleggsvikariat på 15 prosent ut august 2022.

Udekkede vakter på helg medfører ikke økt vaktbelastning på de ansatte, ingen kan pålegges å jobbe flere helgevakter enn hver tredje helg. De som ønsker, kan jobbe ekstra helger mot kompensasjon. Dersom hun får økt stilling til 100 prosent, må hun også ta økt andel kveld og nattevakter. Ulempen med flere udekkede helge-, kveld- og nattevakter blir ikke en realitet før en stilling faller bort.

Arbeid i bemanningsavdelingen vil ikke gi trygghet til arbeidstaker og heller ikke for pasienten. Hvis A jobber 20 prosent i bemanningsavdelingen vil hun i praksis arbeide 10 prosent, to vakter pr. måned per døgnområde hvor hun ikke har erfaring eller fagspesifikk sykepleierkompetanse. Arbeidsgiver sier selv at 18-20 prosent stilling ved NFI er for lite til å opparbeide og bevare kompetanse.

Arbeidsgivers anførsler

B anfører i det vesentligste at det vil medføre en vesentlig ulempe for virksomheten dersom arbeidstaker får fortrinnsrett til deler av den utlyste stillingen ved NFI. Basert på en faglig vurdering, dokumentasjon og pleiebehov må sykepleierne som hovedregel inneha minimum 75 prosent stilling ved NFI for å sikre kontinuitet og opprettholdelse av kompetansen. Det er vanskelig å opprettholde og videreutvikle kompetansen i en lavere stillingsprosent.

Arbeidsgiver anfører også at Tvisteløsningsnemnda ikke har kompetanse til å treffe vedtak om arbeid på en spesifikk avdeling ved sykehuset. A er ansatt ved B og har arbeidsplikt ved

alle avdelinger og seksjoner. Fortrinnsretten gir ikke grunnlag for å velge utvidet stilling ved en seksjon, og heller ikke andre særskilte materielle deler av en stilling.

NFI har 43,31 årsverk fordelt på 56 sykepleiere. Bemanningsplanen innebærer at det i ukedagene er 9-11 sykepleiere på dag, 8 på aften og 8 på natt. I helger er det 7 sykepleiere på dag, aften og natt. Sykepleierne arbeider i henhold til overenskomst hver 3. helg, som betyr at NFI må ha 63 sykepleiere for å dekke helgebemanningen. NFI har i dag 56 sykepleiere og dermed et underskudd på 7 sykepleiere for å dekke helg. Enkelte av de faste ansatte sykepleierne ved NFI har inngått en særskilt avtale om å arbeide ekstra helger utover hver 3. helg. Avtalene gjelder for ett år av gangen.

Ved å innvilge fortrinnsrett til deler av den utlyste stillingen vil mangelen på sykepleiere på helg øke, ettersom de som hevder fortrinnsrett allerede arbeider hver tredje helg. I tillegg vil det oppstå overbemanning på ukedagene. Ved overbemanning er det ikke mulig å vedlikeholde opparbeidet kompetanse, da det vil være for mange sykepleiere per pasient og den enkelte sykepleier vil ikke få tilstrekkelig praksis. Sykehuset anfører at dette ikke er forsvarlig bruk av sykepleiere som er en knapphetsressurs og er heller ikke forsvarlig bruk av offentlige midler.

Et stort antall udekte vakter på helg fører til større vaktbelastning på de som allerede er ansatt. Det er færre sykepleiere å fordele kvelds- og nattevakter på og det fører til at hver enkelt sykepleier må ta en større andel av ubekvemme vakter i sin arbeidsplan. Avdelingen har flere ansatte som har behov for tilrettelegging med fritak fra nattevakter, noe som innebærer at de øvrige sykepleierne får enda flere ubekvemme vakter.

Det er arbeidsgivers faglige vurdering at det ikke er et alternativ å dekke helgene med rene helgestillinger på 18-20 prosent. Sykepleiere i så lave stillingsprosenter vil ikke inneha forsvarlig kompetanse og det vil ikke være mulig å opprettholde kompetanse i en slik stilling på en intensivavdeling. Det vil også føre til flere og ikke færre deltidstillinger.

Arbeidsgiver har tilbudt arbeidstaker økt stilling til 100 prosent via bemanningsavdelingen, slik at det ikke er tale om ufrivillig deltid. Arbeidsgiver har derved oppfylt sine forpliktelser etter § 14-3 ved å tilby utvidet stilling til 100 prosent.

A anses som kvalifisert for den utlyste stillingen både faglig og personlig. Arbeidsgiver er uenig i at A ikke har kompetanse til å arbeide i bemanningsavdelingen. Hun har videreutdanning i intensivsykepleie og er en dyktig medarbeider som har gode forutsetninger til og vil med stor sannsynlighet kunne bidra med sin spisskompetanse i bemanningsavdelingen. Det er mulig å kun arbeide ved en seksjon.

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 leder 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 er ikke omtvistet mellom partene at A er kvalifisert eller at hennes nåværende stilling og omtvistet stilling har om lag de samme arbeidsoppgaver. Nemnda legger også dette til grunn.

A er fast ansatt i en stilling på 80 prosent ved nyfødtintensivavdelingen og har fremsatt krav om fortrinnsrett til en del av en utlyst stilling, slik at hun til sammen vil få en stillingsprosent på 100 prosent ved samme avdeling.

Arbeidsgiver gjør gledende at A ikke har fortrinnsrett til en del av den utlyste stillingen, da det vil innebære en vesentlig ulempe for virksomheten, jf. arbeidsmiljøloven § 14-3 (2). Videre gjøres det gjeldende at arbeidstaker ikke har noen aktuell fortrinnsrett, da hun allerede har fått tilbud om 100 prosent stilling ved Helseforetaket.

Nemnda vil først ta stilling til om utøvelse av fortrinnsrett i saken vil innebære en vesentlig ulempe for arbeidsgiver.

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.»

I proposisjonen viste også departementet til tidligere nemndspraksis, eksempelvis 20/06 (TLN-2006-20) og 26/09 (TLN-2009-26) hvor det ble uttalt at "det ikke kan utelukkes at man kan gjøre fortrinnsrett gjeldende på en del av en utlyst stilling og at virkningene for arbeidsgiver må vurderes konkret, men understreker at på bakgrunn av lovens forarbeider må hovedregelen være at en deling av en utlyst stilling vil utgjøre en ulempe for arbeidsgiver. I dette ligger at det i slike tilfeller må stilles relativt små krav til arbeidsgivers konkretisering av negative virkninger." Departementet sluttet seg til denne vurderingen i Prop.57 L (2017- 2018) s. 14.

I den konkrete vurderingen av om arbeidsgiver blir påført en vesentlig ulempe om A får fortrinnsrett til en del av den utlyste stillingen ved NFI, har nemnda delt seg i et flertall og et mindretall.

Nemndas flertall, medlemmene Due, Almestrand, Solberg og Solstad har kommet til at det vil medføre vesentlig ulempe for virksomheten om A får fortrinnsrett til en del av den utlyste stillingen. Flertallet har tatt utgangspunkt i forarbeidenes henvisning til tidligere nemndspraksis om at hovedregelen ved deling av en utlyst stilling må være at det i seg selv vil utgjøre en ulempe for arbeidsgiver, og at det derved må stilles relativt små krav til arbeidsgivers konkretisering av de negative virkningene. I denne saken er det fire sykepleiere ved NFI som har fremmet krav om fortrinnsrett til en del av fire utlyste kombinasjonsstillinger. Ved ulempevurderingen har nemndas flertall derved også sett hen til den samlede ulempen for arbeidsgiver.

I vurderingen har flertallet lagt vekt på at sykepleierne, etter gjeldende arbeidsplanavtale mellom arbeidsgiver og den aktuelle arbeidstakerorganisasjon, ikke skal arbeide oftere enn tredje hver helg. Etter bemanningsplanen trenger NFI 63 sykepleiere for å dekke helgearbeidet når sykepleierne arbeider hver 3. helg. I dag er det 56 sykepleiere fordelt på 43,31 årsverk i henhold til arbeidsplanen ved avdelingen. Det mangler da 7 sykepleiere for å dekke inn behovet i helgene. Enkelte av de fast ansatte sykepleierne ved NFI har inngått særskilt avtale om å jobbe ekstra helger, men det mangler fortsatt sykepleiere for å dekke helgevaktene. Per i dag dekkes disse vaktene ved bruk av ekstra- og tilkallingsvakter. Dette medfører et overforbruk av variabel lønn. Det å innvilge fortrinnsrett til sykepleiere som allerede arbeider ved avdelingen, vil ikke bidra til å dekke helgevaktene, da de allerede arbeider tredje hver helg. Dette vil i tillegg føre til en overbemanning på ukedagene, da disse ikke kan benyttes til ytterligere helgearbeid samtidig som helgevaktbehovet fortsatt må dekkes inn, noe som igjen fører til større overforbruk av variabel lønn. Dersom en skulle dekke bemanningsbehovet ved rene helgestillinger, vil det på sin side føre til etablering av 18 - 20 prosent stillinger uten forsvarlig kontinuitet i arbeidet ved avdelingen, samt bidra til flere deltidsstillinger. Hovedregelen ved avdelingen er at sykepleierne må arbeide minimum 75 prosent stilling for å sikre kontinuitet og opprettholdelse av kompetansen. Dette har arbeidstaker heller ikke bestridt.

Hovedregelen om 75 prosent stilling gjør også at det ikke vil være en løsning å lyse ut resten av stillingen som A ønsker fortrinnsrett til. En slik stilling vil da bare komme opp i 55 prosent.

Selv om det ivaretar samme antall personer på helgevakter som NFI har i dag, vil stillingen bli for liten i forhold til det arbeidsgiver mener er nødvendig for å opprettholde kompetansen for stillingen. Når man ser de fire sakene i sammenheng, vil det da medføre fire 50-55 prosentstillinger, noe som får betydning i ulempevurderingen.

Det har også vært hevdet fra arbeidstakersiden at de som eventuelt ansettes i 50-55 prosentstillinger, kan få midlertidige vikariater slik sykepleierne i 75 prosentstillinger angivelig i stor grad får i dag. Det er hevdet at sykehuset på denne måten faktisk kan fylle kravet om at de som eventuelt skulle ansettes fast i 50-55 prosentstilling, i realiteten kan arbeide 75 prosent, selv om 20-25 prosent da er midlertidig. Arbeidsgiver har svart at de ikke kan basere ansettelser på midlertidighet. Det er vanskelig for nemnda å overprøve arbeidsgiver i dette spørsmålet. Det kan uansett virke som at dette ikke er en løsning som bidrar til å redusere bemanningsutfordringene som er i helgene.

Nemndas flertall har etter dette kommet til at A ikke kan gis medhold i sitt krav.

Nemndas mindretall, medlem Aass har etter en konkret vurdering kommet frem til at det ikke er tilstrekkelig godtgjort fra arbeidsgivers side at det vil medføre en vesentlig ulempe for virksomheten å tilby A en del av den utlyste stillingen ved NFI. Arbeidsgiver har opplyst selv at de arbeider hele tiden for å kunne tilby økte stillinger og As ønske er i kjernen av dette. Arbeidsgiver anfører at de har behov for flere personer som kan arbeide helg, samt at en fortrinnsrett for A vil medføre endringer i turnusen for andre medarbeidere som igjen vil kunne gi overskudd på enkelte vakter og underskudd på andre. Dersom A får fortrinnsrett til en del av den utlyste stillingen vil det gjenstå en stillingsprosent på 55. Arbeidsgiver vil dermed ikke få færre personer å fordele på helg, kveld eller natt. Mindretallet finner at det foreligger visse ulemper for arbeidsgiver, men finner ikke at disse ulempene er vesentlige i lovens forstand.

Da nemndas flertall har kommet til at det vil medføre vesentlig ulempe for virksomheten om A får fortrinnsrett til en del av den utlyste stillingen, er det ikke nødvendig å ta stilling til arbeidsgivers anførsel om at arbeidstaker ikke har noen aktuell fortrinnsrett, da hun allerede har fått tilbud om 100 prosent stilling ved Helseforetaket.

Konklusjon

A gis ikke medhold.

Tvisteløsningsnemnda

Anne Marie Due
Leder

27. oktober 2021

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.