



Tvisteløsningsnemnda

Vedtaksdato
17. desember 2019

Vår referanse
19/26367

Saksbehandler
Nina N. Hermansen

VEDTAK NR. 180/19 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Tvisteløsningsnemnda avholdt møte torsdag 5. desember 2019.

Ved behandlingen av saken var tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Steffen Rogstad, nestleder
Silje Hassellund Solberg, LO
Marianne Pedersen, Virke

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 spesialutdannet sykepleier i stilling på 75 prosent hos B, nyfødtintensiv.

Den 10. april 2019 ble det utlyst fast stilling som spesialsykepleier/sykepleier på 100 prosent. 75 prosent ved nyfødtintensiven og 25 prosent ved bemanningsavdelingen.

Den 21. april 2019 fremsatte A krav om fortrinnsrett til 25 prosent av den utlyste stillingen på 75 prosent.

Kravet ble avslått av arbeidsgiver i e-post av 13. mai 2019. Stillingen ble besatt av en ekstern søker.

Saken ble brakt inn for tvisteløsningsnemnda ved brev poststemplet 21. mai 2019. Overfor nemnda har begge parter fått anledning til å komme med utfyllende merknader i saken.

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidstaker:

- brev datert 21. mai 2019
- e-post av 24. juni 2019
- brev datert 8. august 2019
- brev datert 19. september 2019
- e-post av 26. november 2019

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev datert 8. juli 2018
- brev datert 20. august 2019
- e-post av 6. desember 2019

Arbeidstakers anførsler

A anfører i det vesentligste at hun har fortrinnsrett til en del av den utlyste stillingen på 75 prosent. Selv om hun får en del av den utlyste stillingen vil det være igjen en reststilling som er mulig å lyse ut selvstendig. A anfører at hun har fått opplyst at helgebemanning ikke er noe problem ved nyfødtintensiven ettersom de har flere vikarer i små stillinger som er med på å dekke opp helgene. Grunnturnusen ved avdelingen endres hvert 2-3 år og ny turnus er under arbeid og skal starte i januar 2020. A ser dermed ikke at det er et argument at en fortrinnsrett for henne vil medføre store endringer for medarbeidernes turnus når den uansett nå skal endres. Videre kan A ikke forstå arbeidsgivers argument om at det blir vanskeligere å dekke opp nattevakter. Ved større stilling vil man jo bli påkrevd å ta flere nattevakter. Videre er det flere ansatte ved avdelingen som ønsker seg flere netter i turnusen, men som ikke har fått innfridd ønskene på grunn av manglende behov. A har kun arbeidet med nyfødte og har en videreutdanning i nyfødtisykepleie, det er ikke faglig forsvarlig å plassere henne på en avdeling med andre pasientgrupper.

Arbeidsgivers anførsler

B anfører i det vesentligste at arbeidstaker ikke har fortrinnsrett til utvidet stilling fordi det vil medføre vesentlig ulempe for virksomheten. Arbeidsgiver anfører at det ikke medfører riktighet at helgebemanningen ikke er et problem. De har behov for flere personer til å arbeide helg. Det er nødvendig med 63 personer i sykepleierturnusen for å dekke opp alle vakter i helgene. Det er ansatt 56 personer, slik at det fortsatt mangler 7 personer til å dekke opp alle helgene i grunnturnusen. Det er i tillegg 6 personer som har inngått avtale for ett år om å jobbe 4 ekstra helger. Dette utgjør 1,5 personer, slik at de fortsatt mangler 5,5 sykepleiere for å dekke helgene. Siden de mangler flere personer vil konsekvensen være at vakter må fordeles på færre personer, med større andel kvelds- og nattevakter. Dette vil igjen skape problemer med å få turnusene til å gå opp og det vil være vanskelig å få dekket natt. Videre vil fortrinnsrett for arbeidstaker medføre mange endringer for medarbeidere i grunnturnusen, gi overskudd på enkelte vakter og underskudd på andre, med konsekvens for pasientbehandling og pasientsikkerhet. I tillegg har de tre ansatte som har fritak fra nattarbeid, som gjør at det er enda færre å fordele vaktbelastningen på.

Alle har tilbud om å få en 100 prosent stilling ved sykehuset i en kombinasjonsstilling med bemanningsavdelingen. De har flere som arbeider i slike stillinger og det er forsvarlig.

Tvisteløsningsnemndas merknader

Tvist mellom arbeidsgiver og arbeidstaker om fortrinnsrett for deltidsansatte kan bringes inn for Tvisteløsningsnemnda, jf. arbeidsmiljøloven § 17-2 (1) og § 14-3 (5). I henhold til forskrift om tvisteløsningsnemnd etter arbeidsmiljøloven § 2 settes nemnda med nestleder og to faste medlemmer.

Arbeidsmiljøloven § 14-3 (1) 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 (2). Ved vurderingen av om arbeidstaker er kvalifisert kan det, i henhold til lovens forarbeider, tas hensyn til både faglige og personlige forutsetninger.

Det presiseres i forarbeidene til bestemmelsen (Innst. O. nr. 100 for 2004-2005 pkt. 17.2) at fortrinnsretten til utvidelse etter § 14-3 gjelder stillinger med om lag de samme arbeidsoppgaver som den deltidsansatte allerede utfører. Dette er også lagt til grunn i nemndas praksis, og fremgår også av lovens ordlyd som omtaler at fortrinnsretten gjelder «utvidet stilling».

Det er ikke omtvistet mellom partene at A er kvalifisert eller at As 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 75 prosent og har fremsatt krav om fortrinnsrett til en del av en utlyst kombinasjonsstilling ved nyfødtintensiven og bemanningsavdelingen på 100 prosent, slik at hun til sammen vil få en stillingsprosent på 100 prosent ved nyfødtintensiven. Nemnda viser til utlysningsteksten hvor det står at det er en kombinasjonsstilling med 75 prosent ved nyfødtintensiven og 25 prosent ved bemanningsavdelingen hvis ønskelig. Videre

ber de søker om å spesifisere ønsket stillingsstørrelse i søknaden. Nemnda forstår det slik at det ikke er noe krav om å ta begge stillingene i utlysningen og at arbeidstaker dermed kan hevde fortrinnsrett til en del av utlyst stilling ved nyfødtintensiven.

Det avgjørende for nemnda blir om utøvelse av fortrinnsretten vil medføre vesentlig ulempe for virksomheten, jf. § 14-3 (2)

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, og det kan således åpnes for unntak fra hovedregelen. På bakgrunn av forarbeidene må utgangspunktet 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.

Nemnda har delt seg i et flertall og i et mindretall.

Nemndas flertall, medlemmene Rogstad og Solberg 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 nyfødtintensiven. 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 50. Arbeidsgiver vil dermed ikke få færre personer å fordele på helg, kveld eller natt. Flertallet finner at det foreligger visse ulemper for arbeidsgiver, men finner ikke at disse ulempene er vesentlige i lovens forstand.

Nemndas mindretall, medlem Pedersen har etter en konkret vurdering kommet til at det vil medføre vesentlig ulempe for virksomheten om A får fortrinnsrett til en del av den utlyste stillingen. I sin vurdering har mindretallet lagt til grunn arbeidsgivers opplysninger om at de har behov for flere personer som kan arbeide helg, samt at en fortrinnsrett for A vil medføre endringer i turnusen for medarbeidere, som igjen vil kunne gi overskudd på enkelte vakter og underskudd på andre. Arbeidsgiver har også opplyst at de har ansatte med særlig behov for tilrettelegging i form av fritak for nattarbeid, noe som igjen vil kunne medføre vanskeligheter med å få turnusen til å gå opp. Mindretallet har etter dette kommet til at A ikke kan gis medhold i sitt krav.

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

Nemnda viser til at det er flere deltidsansatte med fortrinnsrett som har søkt på samme stilling og bemerker at § 14-3 ikke gir noen veiledning om hvordan arbeidsgiver skal prioritere mellom flere ansatte med fortrinnsrett.

Konklusjon

Ansettelsen av en ekstern søker i den omstridte stillingen var i strid med As fortrinnsrett etter arbeidsmiljøloven § 14-3.

Tvisteløsningsnemnda

Steffen G. Rogstad
Nestleder

17. desember 2019

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 (2). 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 (3).

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 (4).