



Tvisteløsningsnemnda

Vedtaksdato
10. desember 2021

Vår referanse
2021/188

Saksbehandler
Ingunn Solberg

VEDTAK NR 163/21 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Tvisteløsningsnemnda avholdt møte torsdag 9. desember 2021.

Ved behandlingen av saken var Tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Steffen G. Rogstad, nestleder
Tore Trygve Dahlstrøm, Unio
Silje Stadheim Almestrand, NHO

Særskilt oppnevnte medlemmer

Joakim Zahl Fjell, Sola kommune
Lise Solheim, Delta

Saken gjelder

Tvist om fortrinnsrett for deltidsansatte etter arbeidsmiljøloven § 14-3

Arbeidstaker

A

Arbeidsgiver

B legesenter

Det ble truffet slikt vedtak:

Saksforhold

A er fast ansatt som helsesekretær i stilling på 60 prosent ved B legesenter.

A opplyser at hun søkte om utvidet stilling etter hun ble orientert om at to helsesekretærer skulle slutte. Hun søkte den 11. april 2021 om å øke stillingen til minimum 80 prosent, men gjerne til 100 prosent.

Legesenteret avslo kravet i e-post av 1. september 2021. Avslaget ble begrunnet med at legegruppen var usikre på om A hadde kapasitet til å fungere i en stilling på over 60 prosent.

Legesenteret opplyser at de to ansatte som sluttet hadde til sammen 160 prosent stilling, og at dette er bestemt nedjustert til 150 prosent stilling. En vikar fikk 80 prosent fast stilling, og en ansatt med fortrinnsrett fikk økt sin stilling med 10 prosent, fra 80 til 90 prosent.

Saken ble brakt inn for Tvisteløsningsnemnda ved brev datert 10. september 2021.

Etter at saken ble brakt inn for nemnda har legesenteret opplyst at den resterende stillingen på 60 prosent ble utlyst med søknadsfrist 16. oktober 2021, og at A har søkt på denne stillingen.

Overfor nemnda har begge parter fått anledning til å komme med utfyllende merknader i saken.

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidstaker:

- brev datert 10. september 2021
- brev datert 19. november 2021
- e-post av 1. desember 2021

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev datert 28. oktober 2021
- brev datert 2. november 2021

Arbeidstakers anførsler

A gjør gjeldene at hun har fortrinnsrett til utvidet stilling, og anfører i det vesentligste at fortrinnsretten ikke vil medføre en vesentlig ulempe for virksomheten. Hun ønsker 100 prosent stilling.

A anfører at hun har lengst ansiennitet, og at avslaget er basert på antagelser, blant annet hennes situasjon som aleneforsørger. A erkjenner at hun har hatt en del sykefravær, men at årsaken til sykefraværet er forbedret, og at noe av sykefraværet var svangerskapsrelatert. A anfører at tidligere fravær ikke kan brukes mot henne fordi hun har et rettmessig krav om økt stilling. Hun mener også at hun har bevist at hun behersker høyere stilling, og at hun over lengre perioder har jobbet mer enn 60 prosent stilling.

A mener det ikke er tvist om hvorvidt hun er kvalifisert til stillingen.

Arbeidsgivers anførsler

B legesenter gjør gjeldene at A ikke har fortrinnsrett, og anfører i det vesentligste at det vil være til vesentlig ulempe for dem dersom hun får fortrinnsrett.

Legesenteret opplyser at kvalifikasjonskravet og arbeidsoppgavene er de samme i de omtvistede stillingene og A sin nåværende stilling. Alle helsesekretærene gjør de samme arbeidsoppgavene, og det er ikke tvil om at alle søkerne var kvalifisert til alle stillingene.

Arbeidsgiver viser til at A har vært fast ansatt i 60 prosent stilling i 10 år, og anfører at hun har hatt mange korte og lange sykmeldingsperioder disse årene. Arbeidsgiver har sendt inn oversikt over As hele fraværsdager siden mars 2015. Arbeidsgiver opplyser at de er en liten arbeidsplass og at de er svært sårbare for fravær. Hyppig fravær går sterkt utover driften av senteret og kvaliteten i pasientarbeidet, samt medfører stor merbelastning på de øvrige helsesekretærene. De har også har vanskeligheter med å skaffe kvalifiserte vikarer. Legesenteret anfører at det er fare for at A får et høyere fravær og at hun blir mer sliten dersom hun får høyere stilling. Arbeidsgiver viser også til at A gjennomgår et samlivsbrudd og anfører at dette ikke gjør henne mer robust i forhold til jobb.

Arbeidsgiver opplyser at de i ettertid ser at de burde hatt en samtale med A før ansettelsene, og viser til at de er en liten virksomhet uten en profesjonell HR-avdeling.

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.

Nemnda legger til grunn at tvisten knytter seg til om A har fortrinnsrett til stillingen på 10 prosent som ble gitt en intern deltidsansatt, og stillingen på 80 prosent som ble gitt en vikar.

A er fast ansatt i 60 prosent stilling. Nemnda forstå hennes krav slik at hun ønsker 40 prosent økning slik at hun til sammen får en stillingsprosent på 100.

Nemnda legger til grunn at partene er enige om at A er kvalifisert til de utlyste stillingene, og at stillingene utgjør de samme arbeidsoppgavene. Nemnda har derfor ikke tatt stilling til

disse spørsmålene. Uenigheten gjelder hvorvidt det vil medføre en vesentlig ulempe for virksomheten at A får fortrinnsrett.

Krav om fortrinnsrett til økt stilling som ble gitt annen fast deltidsansatt

Legesenteret har opplyst at en annen fast deltidsansatt med fortrinnsrett fikk økt sin stilling med 10 prosent.

Arbeidsmiljøloven § 14-3 gir ingen veiledning om hvordan man skal prioritere mellom flere fortrinnsberettigede. Det må derfor i utgangspunktet tilligge arbeidsgiver å foreta denne prioriteringen. Nemnda må dermed først ta stilling til om den interne søkeren hadde fortrinnsrett etter arbeidsmiljøloven § 14-3.

Det går fram av lovens ordlyd at fortrinnsretten gjelder «utvidet stilling». I forarbeidene til bestemmelsen (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. Den deltidsansatte må også var kvalifisert til stillingen.

Nemnda forstår arbeidsgivers opplysninger slik at den ansatte som fikk fortrinnsrett også var ansatt som helsesekretær og utførte de samme arbeidsoppgavene som A og de andre helsesekretærene. Nemnda legger dermed til grunn at denne søkeren også hadde fortrinnsrett til den omtvistede stillingen.

Slik saken er opplyst foreligger det etter nemndas syn ikke grunnlag for å overprøve arbeidsgivers vurderinger i valget mellom flere fortrinnsberettigede. Vurderingen er i samsvar med nemndas praksis, se blant annet vedtak 79/20, 78/20, 66/20, 39/20 og 26/20. A kan etter dette ikke få medhold i sitt krav om fortrinnsrett til stillingen på 10 prosent.

Konklusjon

A gis ikke medhold i krav om fortrinnsrett til stilling på 10 prosent.

Krav om fortrinnsrett til fast stilling som ble gitt vikar

Legesenteret har videre opplyst at en vikar fikk fast 80 prosent stilling. Legesenteret anfører at det vil være til vesentlig ulempe for dem dersom A får fortrinnsrett til stillingen.

Det avgjørende for nemnda blir om dermed om utøvelse av fortrinnsretten vil medføre vesentlig ulempe for legesenteret, 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.

Legesenteret har påberopt at As tidligere sykefravær og pågående samlivsbrudd tilsier at en utvidelse av hennes stilling vil medføre en vesentlig ulempe for arbeidsplassen.

Nemnda har etter en konkret vurdering kommet til at arbeidsgiver ikke har dokumentert at As sitt tidligere sykefravær tilsier at det er fare for fremtidig sykefravær som vil være til vesentlig ulempe for legesenteret. Selv om det ikke kan utelukkes at risiko for fremtidig sykefravær på grunn av helseproblemer i spesielle tilfeller – og særlig ved kroniske lidelser – kan innebære en vesentlig ulempe for arbeidsgiver, skal det mye til. Nemnda bemerker at lovens klare utgangspunkt er at det er arbeidsgiver som må godtgjøre en vesentlig ulempe, og ikke arbeidstaker som må godtgjøre at utøvelse av fortrinnsretten ikke vil medføre problemer for arbeidsgiver.

Ifølge fraværsoversikt fra arbeidsgiver har A hatt noe sykefravær siden 2015. Nemnda legger likevel avgjørende vekt på at A opplyser at hennes helsetilstand er blitt forbedret, og at fraværsoversikten ikke viser noe sykefravær etter denne forbedringen. Nemnda legger også vekt på As opplysninger om at deler av sykefraværet er svangerskapsrelatert, og at dette også støttes av fraværsoversikten. Nemnda kan heller ikke se at As samlivsbrudd tilsier at fortrinnsrett vil være til vesentlig ulempe legesenteret.

A hadde dermed fortrinnsrett til den omtvistede stillingen.

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 en annen søker var i strid med As fortrinnsrett etter arbeidsmiljøloven § 14-3.

Tvisteløsningsnemnda

Steffen G. Rogstad
Nestleder

10. desember 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.