



Tvisteløsningsnemnda

Vedtaksdato
04.06.2024

Møtedato
04.06.2024

Vår referanse
2024/4

Saksbehandler
Nina N. Hermansen

SAK NR 48/24 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Sakens tema

Tvist om fortrinnsrett for deltidsansatte etter arbeidsmiljøloven § 14-3

Arbeidstaker

A

Arbeidsgiver

B-kommune

Vedtak

B-kommune sitt avslag var i strid med A sin fortrinnsrett etter arbeidsmiljøloven § 14-3.

Nemndas sammensetning

Anne Marie Due, leder

Jan Eikeland, Akademikerne, fast medlem arbeidstakersiden

Andreas Dag Nilsen, KS, fast medlem arbeidsgiversiden

Helene Berg Johansen, Delta, bransjemedlem arbeidstakersiden

Nina Sagen, Lillestrøm kommune, bransjemedlem arbeidsgiversiden

Sakens bakgrunn

A er fast ansatt som hjelpepleier i stilling på 70 prosent ved [Lokasjon 1] hjemmetjeneste i B-kommune.

Det ble utlyst 100 prosent stilling som helsefagarbeider ved [Lokasjon 1] hjemmetjeneste i B-kommune. Søknadsfristen var 26. november 2023 og stillingen var ledig fra 1. februar 2024.

A søkte på 100 prosent stilling og fremsatte krav om fortrinnsrett.

B-kommune avsto kravet i brev av 2. januar 2024 og begrunnet avslaget med at A ikke har helsemessige forutsetninger for å bekle større eller full stilling, at arbeidstaker gjennom sine begrensinger ikke oppfyller kvalifikasjonskravet og at en økning av stillingsstørrelsen ville være til vesentlig ulempe for virksomheten.

Etter avslaget fra arbeidsgiver og frem til 16. mai 2024 har A hatt én sykefraværsdag.

Sakens dokumenter

A sendte saken til nemnda 3. januar 2024.

Begge parter har fått mulighet til å komme med utfyllende merknader.

A har sendt følgende til nemnda:

- brev av 3. januar 2024
- brev av 9. januar 2024
- brev av 24. januar 2024
- brev av 8. februar 2024

B-kommune har sendt følgende til nemnda:

- brev av 17. januar 2024
- brev av 2. februar 2024
- brev av 16. mai 2024

Arbeidsgivers syn på saken

B-kommune hevder at A ikke kan få medhold i sitt krav fordi hun ikke er kvalifisert for full stilling. Ut fra arbeidstakers arbeidshelse har hun ikke helsemessige forutsetninger for å bekle en større eller full stilling enn den hun per tiden har. Arbeidstaker har hatt permisjon fra sin faste stilling for å prøve ut lignende 100 prosent stilling ved hjemmetjenestene [Lokasjon 2]. Hun hadde dette året store helsemessige utfordringer med fravær som understøtter arbeidsgivers syn når det gjelder manglende personlige forutsetninger for å bekle en større stilling. En permanent økning av hennes stillingsstørrelse vil medføre vesentlig ulempe for virksomheten og direkte gå utover driften av tjenesten.

Arbeidstakers syn på saken

A hevder at hun har fortrinnsrett til stillingen som helsefagarbeider fordi hun oppfyller alle kravene i annonsen. Hun er helsefagarbeider, har sertifikat klasse B, er engasjert i jobben,

selvstendig, har god kjennskap til brukergruppen innen virksomheten og har lang erfaring innen hjemmebasert omsorg.

Arbeidstaker anfører at arbeidshelse og helsemessige forutsetninger kartlegges av lege, og ikke av arbeidsgiver. Hun hevder derfor at det ikke kan brukes som en saklig begrunnelse for avslag.

A har lagt frem legeerklæring fra 24. januar 2024 som sier at hun ikke har kroniske tilstander som tilsier at hun ikke kan jobbe 100 prosent. Hun har en yrkesskade i venstre skulder som førte til operasjon og til en del sykefravær i 2023. Nå er hun er friskmeldt og i arbeid.

Lovgrunnlag og hva partene er uenige om

Twisteløsningsnemnda kan etter arbeidsmiljøloven § 17-2 avgjøre tvister som nevnt i arbeidsmiljøloven § 14-3 første ledd.

Deltidsansatte har fortrinnsrett til utvidet stilling fremfor at arbeidsgiver foretar ny ansettelse eller innleie i virksomheten. Fortrinnsretten kan også gjelde en del av en stilling.

Etter § 14-3 tredje ledd må arbeidstaker være kvalifisert for stillingen og utøvelse av fortrinnsretten må ikke innebære vesentlige ulemper for virksomheten.

I denne saken er partene uenige om hvorvidt arbeidstaker er kvalifisert for den omtvistede stillingen og om utøvelse av fortrinnsretten vil innebære vesentlige ulemper for B-kommune.

Nemndas begrunnelse

Nemnda har enstemmig kommet til at A hadde fortrinnsrett til omtvistet stilling.

Nemnda har gjort disse vurderingene:

Er A kvalifisert for 100 prosent stilling som helsefagarbeider?

Nemnda har kommet til at A er kvalifisert.

Det står i lovens forarbeider (Ot. Prp. Nr. 49 (2004-2005) pkt. 17.2.6) at man skal ta hensyn til både faglige og personlige forutsetninger når man vurderer om en arbeidstaker er kvalifisert for en stilling.

Med personlige forutsetninger menes blant annet personlige egenskaper som har betydning for hvordan arbeidstakeren kan utføre sine egne arbeidsoppgaver. Dette kan for eksempel være evnen til å motivere medarbeidere i en lederstilling, overtalelsesevner i en salgsstilling eller serviceinnstilling eller kunde-/klienttekte i et serviceyrke. Videre har Høyesterett uttalt i dom Rt. 2003 s. 1754, at det også kan legges vekt på personlige egenskaper som ikke har direkte betydning for arbeidstakerens utførelse av egne arbeidsoppgaver. Det kan være tilfeller der arbeidstaker skaper store samarbeidsvansker eller på andre måter bidrar til et dårlig arbeidsmiljø for andre ansatte.

I denne saken anfører arbeidsgiver at A ikke har personlige forutsetninger for 100 prosent stilling på grunn av helsemessige årsaker og mener fraværshistorikken viser manglende forpliktelser til full stilling.

Selv om det ikke kan utelukkes at helseproblemer i spesielle tilfeller kan medføre at en arbeidstaker ikke anses kvalifisert for stillingsutvidelsen, skal det mye til. Slik denne saken er opplyst, har nemnda kommet til at det ikke er grunnlag for å legge til grunn at As sykefravær diskvalifiserer henne fra å gjøre fortrinnsrett gjeldende som deltidsansatt. Nemnda kan ikke se at arbeidsgiver har sannsynliggjort at A ikke kan arbeide i en 100 prosent stilling nå, selv om hun tidligere har vært sykemeldt. Fra arbeidsgivers avslag og til 16. mai 2024 har A hatt én egenmeldingsdag. Det er ikke tilstrekkelig dokumentert at A ikke klarer å fylle sin nåværende stillingsprosent. Nemnda har derfor kommet til at A ikke kan nektes fortrinnsrett til deler av utlyst stilling med den begrunnelse som arbeidsgiver gir om egnethet.

Det avgjørende for nemnda blir etter dette om utøvelse av fortrinnsretten vil medføre vesentlig ulempe for virksomheten.

Ville innvilgelse av fortrinnsrett for A innebære vesentlige ulemper for B-kommune?

Nemnda har kommet til at det ikke ville innebære vesentlige ulemper for B-kommune om A fikk fortrinnsrett til deler av utlyst stilling som helsefagarbeider.

Det må gjøres en konkret vurdering av om utøvelse av fortrinnsretten gir urimelig utslag for virksomheten. Kravet til at ulempene må være «vesentlige» betyr at det ikke er nok med en generell ulempe. I forarbeidene til arbeidsmiljøloven § 14-3 (Ot. prp. nr. 49 (2004-2005) pkt. 17.2.6) nevnes det noen eksempler på hva som kan være vesentlige ulemper. Det kan være en ulempe å ikke få ansatt flere personer, eksempelvis for å unngå konflikt med arbeidstidsbestemmelser. Fortrinnsretten kan gi ulemper for andre arbeidstakere, som flere ubekvemme vakter eller færre personer å dele arbeidet på.

Det er arbeidsgiver som må sannsynliggjøre at innvilgelse av fortrinnsretten vil innebære vesentlige ulemper.

Fortrinnsretten kan etter ordlyden også gjelde en del av en stilling. I tilfeller hvor fortrinnsretten gjelder en del av en stilling nevner forarbeidene (Prop. 57 L (2017-2018) punkt 7.3) noen eksempler på hva som kan være vesentlige ulemper. Det kan være problemer med å rekruttere kvalifiserte søkere til resten av en stilling eller at antallet deltidsansatte øker.

Utgangspunktet er at oppdeling av en stilling i seg selv er en ulempe for arbeidsgiver, og at det stilles relativt små krav til konkretisering av negative virkninger for at nemnda skal anse dem som vesentlige i lovens forstand. Alle ulempene må vurderes samlet og konkret i den enkelte sak.

Nemnda har kommet til at ulempene ved å gi A fortrinnsrett til full stilling ikke anses som vesentlige i denne saken. Ved å utvide As stilling vil arbeidsgiver ha de samme stillingsprosentene som tidligere, og dette kan derfor ikke i seg selv anses som en vesentlig ulempe. Nemnda har også lagt vekt på at arbeidsgiver ikke har dokumentert noen ulemper

utover at arbeidsgiver anfører at A ikke anses å være kvalifisert for full stilling. A har derimot opplyst og dokumentert at hun ikke har kroniske tilstander som tilsier at hun ikke kan jobbe 100 prosent og at hun er friskmeldt og i arbeid.

Tvisteløsningsnemnda

Anne Marie Due
Leder

4. juni 2024