



Tvisteløsningsnemnda

Vedtaksdato
19.09.2024

Møtedato
18.09.2024

Vår referanse
2024/64

Saksbehandler
Maria Schilvold og Katarina
Torrissen Revang

SAK NR 87/24 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Sakens tema

Tvist om fortrinnsrett for deltidsansatte etter arbeidsmiljøloven § 14-3

Arbeidstaker

A

Arbeidsgiver

B

Vedtak

A hadde ikke fortrinnsrett etter arbeidsmiljøloven § 14-3.

Nemndas sammensetning

Steffen Rogstad, nestleder

Silje Hassellund Solberg, LO, fast medlem arbeidstakersiden

Silje Stadheim Almestrand, NHO, fast medlem arbeidsgiversiden

Siri Kristin Konstad, Fagforbundet, bransjemedlem arbeidstakersiden

Eva Lukassen, Avdelingsleder i bofellesskap for funksjonshemmede, Løten kommune,
bransjemedlem arbeidsgiversiden

Sakens bakgrunn

A er fast ansatt som miljøarbeider i stilling på 15 prosent ved B. Dette er en stillingsstørrelse han har hatt fra 1. januar 2023. Fram til 31. desember 2022 hadde A 50 prosent stilling. Denne ble redusert til 15 prosent grunnet nedbemanning. Ifølge arbeidsavtalen er arbeidstiden for tiden på dag, kveld og helg.

B tilbyr omsorg og helsetjenester til [antall] beboere, fordelt på to boliger med [antall] leiligheter i hver bolig. Boligene heter [avdeling 1] og [avdeling 2] og har døgnkontinuerlig tilsyn og bistand etter vedtak. Det er ved siden av hvilende nattevakt en fast våken nattevakt i hver av boligene. Disse har formell fagkompetanse eller er i utdanningsløp.

B lyste i 2023 ut en 64,32 prosent helsefagarbeider- eller miljøarbeiderstilling som hvilende nattevakt. Arbeidstaker søkte på stillingen ved brev datert 15. desember 2023, og var på intervju den 1. februar 2024.

Ved e-post av 14. mars 2024 fikk A avslag på søknaden. Arbeidsgiver informerte samtidig om at stillingen var blitt besatt.

Sakens dokumenter

A sendte saken til nemnda ved brev den 21. mars 2024.

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

A har sendt følgende til nemnda:

- brev av 21. mars 2024
- brev av 21. mai 2024

B har sendt følgende til nemnda:

- brev av 11. april 2024
- brev av 14. juni 2024

Arbeidsgivers syn på saken

B hevder at A ikke hadde fortrinnsrett til stillingen fordi den ikke er en utvidelse av hans faste stilling, fordi han ikke er personlig egnet for stillingen og fordi fortrinnsrett for A vil innebære vesentlige ulemper for virksomheten. Han har heller ikke krevd fortrinnsrett til stillingen i søknaden sin.

Stillingen er ikke en utvidelse av arbeidstakers faste deltidsstilling

Arbeidstaker er ansatt i fast stilling på 14,07 prosent på helg, med arbeid hver fjerde helg, i avdeling [avdeling 2]. Stillingen har vakter på dag/kveld. Dette er ikke samme type stilling som hvilende nattevakt.

Arbeidstaker er ikke personlig egnet

Arbeidstaker er faglig kvalifisert, men oppfyller ikke etterspurte kvalifikasjonskrav og personlige egenskaper som trengs for en hvilende nattevakt. Dette er av arbeidsgiver dokumentert med møterefertat fra intervjuet og ved referansesjekk. En av referansene har blant annet opplyst at arbeidstaker ikke har tilstrekkelig kunnskap, forståelse og ferdigheter i

møte med beboere med utviklingshemming. Flere opplyste også at de opplevde at arbeidstaker har utfordringer med stell av beboere. Videre har arbeidstaker blitt omplassert fra [avdeling 1] til [avdeling 2] for å skåne en beboer i etterkant av en konkret hendelse. Dette er også bekreftet ved gjennomgang av dokumenter i arbeidstakers personalmappe.

Fortrinnsrett vil innebære en vesentlig ulempe for virksomheten

Den aktuelle beboeren som er årsaken til omplasseringen, er også årsaken til at det er behov for en hvilende nattevakt, i forbindelse med et «kapittel 9-vedtak». Det vil ikke la seg gjøre å unngå kontakt med denne beboeren i stillingen. Dette innebærer at innvilgelse av kravet ville medført at annet personell måtte ha fungert som nattevakt i boligen i tillegg til arbeidstaker. Arbeidstaker har skissert som en mulig løsning at de to våkne nattevaktene kunne håndtert den aktuelle beboeren på [avdeling 1] mens han passet på resterende beboere ved [avdeling 2]. En slik løsning vil imidlertid også innebære en vesentlig ulempe for virksomheten, da det vil medføre oppbrudd i ivaretagelse på natt, og gått utover kontinuitet i tjenestetilbudet til beboerne. Videre ville det gå utover andre kollegaer, som måtte forholde seg til en slik løsning.

Arbeidsgiver bemerker at det kun var én ledig stilling, og at utlysningen var dårlig formulert.

Arbeidstakers syn på saken

A hevder at han har fortrinnsrett til stillingen som hvilende nattevakt. Arbeidsgiver burde spurt om han krevde fortrinnsrett hvis det var noen tvil om det.

Stillingen er om lag den samme som den faste deltidstillingen

Selv om stillingen ikke er helt den samme som han har, så er den tilnærmet lik eller enda mer lik den opprinnelige stillingen som han hadde før han fikk nedjustert stillingsstørrelsen grunnet den økonomiske situasjonen ved B.

Arbeidstaker er personlig egnet

Som følge av dataproblematikk, fikk han ikke se over og komme med rettelser til referatet fra intervjuet. Dette medførte gjennomgående store avvik på det som er forsøkt forklart, og det som er blitt skrevet ned. Det er uforståelig at det blir beskrevet at han ikke kan stell av beboere, da han har hatt et arbeidsforhold ved B siden [årstall]. I løpet av arbeidsforholdet har han aldri fått noen tilbakemelding om dette, og har heller ikke avstått fra å gjennomføre stell der dette har blitt ansett som nødvendig.

Fortrinnsrett vil ikke innebære vesentlig ulempe for virksomheten

Det er riktig at han har byttet bolig som følge av en hendelse med en beboer. Arbeidsgiver har likevel ikke forsøkt å bedre situasjonen eller legge til rette for at han skal kunne arbeide med forholdet til beboeren. Arbeidsgiver har dessuten kun skissert én mulig løsning på problemet, som er å ha ytterligere en ansatt på jobb. Det er to våkne nattevakter, én på hver avdeling samt én hvilende nattevakt. En av flere mulige løsninger ville vært at arbeidstakeren passet på resterende beboere ved [avdeling 2], slik at de to andre våkne nattevaktene vil kunne håndtere den aktuelle beboeren på [avdeling 1].

Arbeidstaker presiserer også at det ble lyst ut etter to stillinger.

Lovgrunnlag og hva partene er uenige om

Tvisteløsningsnemnda 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 arbeidstaker har krevd fortrinnsrett, om han er kvalifisert og om innvilgelse av fortrinnsrett ville innebære en vesentlig ulempe for virksomheten.

Nemndas begrunnelse

Nemnda har enstemmig kommet til at A ikke hadde fortrinnsrett til stillingen som hvilende nattevakt.

Nemnda har gjort disse vurderingene:

Har A krevd fortrinnsrett?

Slik saken er opplyst har nemnda kommet til at A har krevd fortrinnsrett.

Det er ingen formkrav i loven som sier hvordan deltidsansatte kan kreve fortrinnsrett. Nemnda har i sin praksis tatt utgangspunkt i at skal lite aktivitet til fra arbeidstakers side før arbeidsgiver må vurdere om han har fortrinnsrett. Det avgjørende er om arbeidstakeren har gjort arbeidsgiver kjent med at han ønsker utvidet stilling. Dette kan gjøres muntlig eller skriftlig. For eksempel ved å søke på, eller kreve fortrinnsrett til en konkret stilling, eller ved å informere arbeidsgiver om at han ønsker høyere stillingsprosent når noe blir ledig.

A har søkt på stillingen og uttalt at han ønsker å utvide stillingen sin. Dette er tilstrekkelig for å kreve fortrinnsrett etter bestemmelsen.

Er stillingen som hvilende nattevakt en utvidelse av A sin faste stilling?

Nemnda har kommet til at stillingen som hvilende nattevakt er en utvidelse av A sin faste stilling.

Det går fram av lovens ordlyd at fortrinnsretten gjelder «utvidet stilling». For at det skal være en utvidet stilling må stillingen ha «om lag samme arbeidsoppgaver» som den deltidsansatte allerede utfører i sin faste stilling. Dette står i forarbeidene til arbeidsmiljøloven § 14-3 (Innst. O. nr. 100 for 2004-2005 pkt. 17.2) og er fast praksis i nemnda. Om den utlyste stillingen er å anse som en utvidelse av arbeidstakerens faste stilling beror på en konkret vurdering i det enkelte tilfellet.

Nemnda har i vurderingen her lagt vekt på at arbeidsgiver ikke har utdypet/beskrevet hva som eventuelt skiller stillingene fra hverandre. Selv om den utlyste stillingen er som hvilende

nattevakt, er det også en miljøarbeiderstilling, slik arbeidstakers faste deltidsstilling. Slik saken er opplyst, og med utgangspunkt i beskrivelse av arbeidsoppgavene som står i stillingsutlysningen, har nemnda kommet til at A har om lag de samme arbeidsoppgavene i sin faste deltidsstilling.

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

Nemnda har kommet til at det ville innebære vesentlige ulemper for B om A fikk fortrinnsrett til stillingen som hvilende nattevakt.

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.

Det er opplyst at den omtvistede stillingen er lyst ut i forbindelse med et vedtak etter helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9, som gjelder rettssikkerhet ved bruk av tvang og makt overfor enkelte personer med psykisk utviklingshemning. Vedtaket gjelder den samme beboeren som arbeidstaker er blitt omplassert fra som følge av en konkret hendelse. Nemnda finner det ikke tvilsomt at situasjonen per nå er slik at arbeidstaker av hensyn til beboeren ikke bør håndtere vedkommende. Dersom arbeidstaker fikk fortrinnsrett til stillingen, ville det derfor kunne oppstå behov for annet personell i boligen i tillegg til arbeidstaker, da man av og til må være to personer for å håndtere denne beboeren. Arbeidstakers forslag om alternativ løsning ville gått utover kontinuitet i tjenestetilbudet til beboerne og andre kollegaer. Etter nemndas syn ville begge løsninger medføre vesentlig ulempe for virksomheten.

Arbeidstaker hadde derfor ikke fortrinnsrett til stillingen som hvilende nattevakt. Det er etter dette ikke nødvendig for nemnda å vurdere om arbeidstaker er kvalifisert for stillingen.

Tvisteløsningsnemnda

Steffen Rogstad
Nestleder

19. september 2024