



Tvisteløsningsnemnda

Vedtaksdato
30. august 2022

Vår referanse
2022/48

Saksbehandler
Birgit Espejord Jensen

VEDTAK NR 76/22 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Tvisteløsningsnemnda avholdt møte torsdag 25. august 2022.

Ved behandlingen av saken var Tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Anne Marie Due, leder
Ragnhild Bø Raugland, Akademikerne
Mårten Brandsnes Faret, KS

Særskilt oppnevnte medlemmer

Elin Skogly, Prima Assistanse Romerike
Siri Kristin Konstad, Fagforbundet

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 helsefagarbeider i stilling på 13,73 prosent hos B. Ut fra arbeidskontrakten er hun ansatt i turnus, på dagtid og på natt og helgevakter annenhver helg.

I et oppfølgingsmøte den 1. februar 2022, hvor A ble gitt en skriftlig advarsel, gjorde hun arbeidsgiver oppmerksom på at hun generelt fremmet fortrinnsrett til ledige stillinger da hun ønsket utvidet stilling. I tillegg fremmet hun et krav om fortrinnsrett til et internt utlyst vikariat ved å sende e-post til avdelingsleder den 28. mars. Hun fremmet et nytt krav om fortrinnsrett den 5. april 2022 når hun søkte på en eksternt utlyst stilling. I tillegg ble det fremmet fortrinnsrett til stilling med søknadsfrist 3. juni 2022 under saksforberedelsen til denne saken.

A har krevd fortrinnsrett til følgende stillinger:

- Vikariat som helsefagarbeider i 73,24 prosent stilling med søknadsfrist 25. mars 2022.
- Fast eksternt utlyst stilling som pleiemedarbeider med arbeidstid hver andre og tredje helg med søknadsfrist 20. april, senere utsatt til 19. mai 2022.
- Fast stilling i 80 prosent som helsefagarbeider med søknadsfrist 3. juni 2022.

Arbeidsgiver avsto krav om fortrinnsrett i epost den 28. mars 2022, og i tilsvaret til nemnda der det ble vist til referat fra oppfølgingsmøte den 1. februar 2022. Avslagene ble begrunnet med at A ikke hadde søkt på den første stillingen innen fristen, og at hun ikke var personlig egnet for noen av stillingene.

I alle stillingene utlyst i 2022 ble det ansatt interne medarbeidere som har fått utvidet stilling.

I stillingen på 73,24 prosent ble det ansatt en som var fast ansatt i 80 prosent dagstilling som ønsket å skifte til nattstilling.

I stillingen som pleiemedarbeider hver andre og tredje helg som ble utlyst 5. april 2022 ble det ansatt en som var timelønnet, uten fast deltidsansettelse.

I stilling som helsefagarbeider på 80 prosent, utlyst internt med søknadsfrist 30. juni 2022 ble en fast deltidsansatt som fikk utvidet sin stillingsprosent tilsatt.

Saken ble brakt inn for Tvisteløsningsnemnda ved brev datert 21. mars 2022. 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. mars 2022
- brev datert 28. mars 2022
- brev datert 5. april 2022
- brev datert 10. april 2022
- brev datert 31. mai 2022
- brev datert 8. august 2022

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev datert 21. juni 2022
- brev datert 15. august 2022

Arbeidstakers anførsler

A gjør gjeldende at hun hadde fortrinnsrett til flere av de utlyste stillingene etter 1. februar 2022, og anfører at det har vært vanskelig å vite når stillinger har blitt utlyst og at det er brudd på arbeidsgivers informasjonsplikt.

Hun har fremmet et generelt krav om fortrinnsrett og anfører at arbeidsgiver hadde plikt til å ta hensyn til hennes fortrinnsrett ved interne og eksterne utlysninger. Hun har søkt på tre faste deltidsstillinger i mars, april og mai, og mener at arbeidsgiver hadde plikt til å vurdere hennes fortrinnsrett konkret i forhold til de ulike stillingene.

A anfører videre at arbeidsgivers representant C i svarbrev til Tvisteløsningsnemnda ikke innehar nødvendig fullmakt i saken. Han har undertegnet som stedfortreder til avdelingsleder D. A anfører at han ikke kjenner til saken og at hun aldri har vært i kontakt med denne personen på jobb.

Arbeidsgivers anførsler

B anfører i det vesentligste at A ikke hadde søkt på stillingen innen søknadsfristen den 25. mars 2022, slik at de ikke kunne vite at hun fremmet fortrinnsrett.

Videre anfører arbeidsgiver at arbeidstaker ikke er kvalifisert for stillingene, da hun ikke er personlig egnet. Det vises til at det pågår en personalsak på grunn av kritikk/varsler fra kolleger om manglende samarbeidsevner og manglende faglig kvalifikasjoner under utførelse av arbeidet og dårlig kommunikasjon med beboerne. Det pågår en oppfølging og evaluering som følge av personalsaken, og arbeidstaker har fått en advarsel.

Arbeidsgiver anfører også at det vil medføre en vesentlig ulempe å innvilge kravet om fortrinnsrett på grunn av at samarbeidsproblemene med kolleger og mangler ved arbeidsutførelsen og at dette påvirker det psykososiale arbeidsmiljøet på en negativ måte. Oppfølgingen av A har medført at arbeidsgiver har satt inn en ekstra ansatt på vakt de helgene hun har vakter for å sørge for faglig forsvarlig pleie. I tillegg anføres at A allerede jobber i en stilling med arbeidstid annenhver helg, og at dersom en medarbeider skal jobbe i to stillinger med arbeidstid hver andre eller tredje hver helg, vil det komme i konflikt med arbeidsmiljølovens bestemmelser om søndagsarbeid og påfølgende arbeidsfri.

Arbeidsgiver anfører at informasjonsplikten om nye stillinger er overholdt da alle eksterne stillinger lyses ut på NAV sine sider, sykehjemmets egen Facebook-side og internettside. Interne stillinger lyses ut ved at stillingen henges opp på oppslagstavler på alle pleieavdelinger.

Videre anfører arbeidsgiver at det i alle de utlyste stillingene i 2022 ble det tilsatt andre deltidsansatte med fortrinnsrett. De eksterne tilsatte som begynte i januar 2022 ble tilsatt etter utlysning i desember 2021.

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 leder og to faste medlemmer. I tillegg er det oppnevnt to medlemmer med særlig kunnskap om bransjen som er berørt i saken (bransjemedlemmer).

Frist for å bringe sak inn for Tvisteløsningsnemnda er fire uker etter at arbeidsgivers skriftlige avslag er kommet frem til arbeidstaker, jf. arbeidsmiljøloven § 17-2 a første ledd.

Innledningsvis vil nemnda bemerke at den ikke har myndighet til å vurdere andre tvister i arbeidsforholdet enn det som er nevnt i arbeidsmiljøloven § 17-2 første ledd. I denne saken er det anførselene om brudd på fortrinnsretten som skal vurderes. Nemnda kan derfor ikke overprøve hvorvidt representanten for arbeidsgiver har nødvendig fullmakt i saken eller om informasjonsplikten om ledige stillinger er overholdt.

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 omstridt at vilkårene om at arbeidstaker må være fast deltidsansatt og at de utlyste stillingene inneholder om lag de samme oppgaver som A utfører i sin faste stilling er oppfylt. Uenigheten i saken gjelder om arbeidstakeren er kvalifisert for stillingene og om innvilgelse av fortrinnsrett vil medføre vesentlig ulempe for arbeidsgiveren.

Nemnda bemerker at det ikke stilles noe formkrav til hvordan arbeidstaker kan kreve fortrinnsrett. Nemnda har i tidligere praksis lagt til grunn at arbeidstaker må ha gitt uttrykk for et ønske om utvidet stilling, eksempelvis ved å søke på stillingen, ved å fremme krav om fortrinnsrett, eller på annen måte. Se blant annet vedtak 2/22, 92/21, 133/20 og 10/20.

Det fremgår av sakens dokumenter at A har fremmet et generelt krav om fortrinnsrett til utlyste stillinger i møte den 1. februar 2022, og at hun også fremmet konkrete krav på to av stillingene. For den tredje stillingen ble kravet fremsatt under saksforberedelse for nemnda.

Arbeidsgiver var dermed kjent med at hun ønsket større stilling, og dette er slik nemnda ser det tilstrekkelig til at det er fremmet krav om fortrinnsrett.

Det fremgår av sakens dokumenter at i de tre stillingene saken gjelder ble det tilsatt andre interne søkere. For to av stillingene, stillingen med søknadsfrist 25. mars 2022, og stillingen

med søknadsfrist 3. juni 2022, ble det tilsatt søkere som var faste deltidsansatte. Basert på sakens opplysninger, legger nemnda dermed til grunn at disse to søkerne hadde fortrinnsrett etter arbeidsmiljøloven § 14-3.

Bestemmelsen gir ingen veiledning om hvordan man skal prioritere mellom flere fortrinnsberettigede. Det må derfor i utgangspunktet tilligge arbeidsgiver å foreta denne prioriteringen. Slik saken er opplyst foreligger det etter nemndas syn ikke grunnlag for å overprøve arbeidsgivers vurderinger i valget mellom de fortrinnsberettigede. Vurderingen er i samsvar med nemndas praksis, se blant annet vedtak 153/21, 79/20, 78/20 og 66/20. Det er etter dette ikke nødvendig for nemnda å ta stilling til om A er kvalifisert til de to stillingene eller hvorvidt det vil være til vesentlig ulempe for arbeidsgiver dersom A får fortrinnsrett til de omtvistede stillingene som helsefagarbeider i stilling på 73,24 prosent eller i stillingen som helsefagarbeider i 80 prosent stilling.

Konklusjon:

A gis ikke medhold.

For stillingen som pleiemedarbeider hver andre og tredje helg med søknadsfrist 20. april 2022, ble det tilsatt en timelønnet vikar. Søkeren var ikke fast deltidsansatt og fyller ikke vilkåret for å hevde fortrinnsrett. Nemnda skal derfor vurdere om denne ansettelsen var i strid med As fortrinnsrett.

Nemnda vil først vurdere om A er kvalifisert til stillingen som pleiemedarbeider. I denne saken er det anført at arbeidstaker ikke har de nødvendige personlige kvalifikasjoner som gjelder for stillingen.

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

Andre forhold nemnda i sin praksis har drøftet under kvalifikasjoner er manglende språkkunnskaper, høyt sykefravær/helseutfordringer, personlig egnethet, at å være kvalifisert for kun deler av stillingen ikke er tilstrekkelig, og at det er ikke et krav til at den best kvalifiserte er ansatt. Nemnda har også drøftet mangler ved arbeidsutførelsen under personlig egnethet.

Nemnda har etter en konkret vurdering kommet til at A må anses kvalifisert for stillingene som pleiemedarbeider.

Nemnda understreker at fortrinnsretten begrenser arbeidsgivers mulighet til fritt å ansette den de ønsker. I vurderingen av om arbeidstakeren er kvalifisert, skal det også tas hensyn til at arbeidsgiver må regne med noe opplæring, samt korrigere eventuell uønsket atferd hos arbeidstakeren. Slik nemnda forstår saken har det vært et oppfølgingsmøte etter meldt avvik i forbindelse med bruk av pasientløfter, mangler ved jobbutførelse under pasientkontakt og om samarbeidsproblemer i kollegiet. I tillegg er det satt inn tiltak med flere ansatte på hennes vakter.

Arbeidsgiver har en pågående oppfølging av arbeidstakeren, som ikke har fått andre konsekvenser for hennes arbeidsforhold enn en skriftlig advarsel og at det er pågående personaloppfølging av henne. Nemnda kan imidlertid ikke se at de anførte avvikene i arbeidsutførelsen uten videre kan medføre at fortrinnsretten settes til side.

Dersom B mener at A ikke kan fungere som helsefagarbeider/pleiemedarbeider må arbeidsgiver etter nemndas oppfatning trekke de arbeidsrettslige konsekvensene av dette. Suspensjon av fortrinnsrett er ikke en slik konsekvens. Nemnda finner derfor at A ikke kan nektes fortrinnsrett 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, 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:

«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.»

Nemnda har etter en konkret vurdering kommet til at det er tilstrekkelig sannsynliggjort at det vil medføre vesentlig ulempe for virksomheten å gi A fortrinnsrett til stillingen.

I vurderingen har nemnda lagt vekt på at arbeidsgiver som følge av den pågående oppfølgingen av As utførelse av arbeidet har sett det nødvendig å sette inn ekstra ressurser for å sikre faglig forsvarlig pleie på hennes vakter. Dersom hun får fortrinnsrett til utvidet stilling, vil det antagelig innebære økt bruk av ressurser til oppfølging av arbeidstaker. Videre legger også nemnda vekt på at det ikke er mulig å inneha to deltidsstillinger med arbeidstid annenhver helg uten å komme i konflikt med arbeidsmiljølovens regler om arbeidstid og arbeidsfrie perioder, samt at arbeidstakers mangler ved utførelse av arbeidet har en negativ innvirkning på arbeidsmiljøet.

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

Konklusjon

A gis ikke medhold etter arbeidsmiljøloven § 14-3.

Twisteløsningsnemnda

Anne Marie Due
Leder

30. august 2022

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 Twisteløsningsnemndas 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.