



Tvisteløsningsnemnda

Vedtaksdato
8. november 2021

Vår referanse
2021/158

Saksbehandler
Birgit Espejord Jensen

VEDTAK NR 139/21 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Tvisteløsningsnemnda avholdt møte torsdag 4. november 2021.

Ved behandlingen av saken var Tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

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

Særskilt oppnevnte medlemmer

Joakim Zahl Fjell, Sola kommune
Siri Kristin Konstad, Fagforbundet

Saken gjelder

Tvist om fortrinnsrett for deltidsansatte etter arbeidsmiljøloven § 14-3

Arbeidstaker

A

Arbeidsgiver

B kommune

Det ble truffet slikt vedtak:

Saksforhold

A er fast ansatt som helsefagarbeider/hjelppeleier i stilling på 70 prosent hos B kommune, for tiden i nattevaktstilling ved X boliger. Hennes arbeidsoppgaver er tilsyn med- og pleie av pasienter på nattevakt.

B kommune utlyste en nattevaktstilling i 70,66 prosent med søknadsfrist til å søke på stillingen den 17. mai 2021. Den 8. mai 2021 søkte A på stillingen, og opplyste under intervjuet at hun ønsket å utvide stillingen sin med 30 prosent av den utlyste stillingen.

I utlysningen ble det stilt følgende kvalifikasjonskravet til stillingen; helsefagarbeider/hjelppeleier, erfaring med arbeid med brukergruppen, kunnskap og erfaring etter KHOL kap. 9, gode kommunikasjonsferdigheter både skriftlig og muntlig. I tillegg til kjennskap til digitale verktøy var det ønskelig med medisinsk kompetanse.

Arbeidsoppgavene var beskrevet som tilsyn på natt, gi bistand i henhold til beboernes tiltaksplaner og til deres behov til enhver tid, herunder bistand med personlig hygiene og ernæring, medisinhandling etter bemyndigelse og andre delegerte oppgaver.

Arbeidsgiver avsto kravet i e-post av 16. juni 2021. Avslaget ble begrunnet med at stillingen ble besatt av to eksterne søkere som var vurdert som bedre kvalifisert enn A, og at det er forbundet med vesentlig ulempe å utvide hennes stilling.

Saken ble brakt inn for Tvisteløsningsnemnda ved brev datert 9. juli 2021. Overfor nemnda har begge parter fått anledning til å komme med utfyllende merknader i saken.

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidstaker:

- brev datert 9. juli 2021
- brev datert 21. september 2021

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev datert 19. august 2021
- brev datert 1. september 2021

Arbeidstakers anførsler

A anfører i det vesentligste at hun har fortrinnsrett til å utvide sin stilling til 100 prosent, og at innvilgelse av fortrinnsrett ikke vil være forbundet med vesentlig ulempe.

Arbeidsgivers anførsler

B kommune anfører i det vesentligste at det ikke foreligger fortrinnsrett fordi det vil være forbundet med vesentlig ulempe å utvide A sin stilling. Kommunen anfører at hun ikke er personlig egnet da det har kommet inn flere klager fra personalgruppen på hvordan hun utfører sitt arbeid.

B kommune anfører videre at det fra mars 2021 har blitt gjennomført flere møter med A på bakgrunn av innkomne avviksmeldinger på hennes adferd og kommunikasjon overfor kolleger og pårørende, at hun ikke forholder seg til rutiner og utfører arbeid på pasienter om natten som skal gjennomføres på dagtid med videre.

Twisteløsningsnemndas merknader

Twist mellom arbeidsgiver og arbeidstaker om fortrinnsrett for deltidsansatte kan bringes inn for Twisteløsningsnemnda, 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.

Det går fram av lovens ordlyd at fortrinnsretten gjelder «utvidet stilling». I forarbeidene til arbeidsmiljøloven § 14-3 (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.

Slik nemnda ser det er partene enige om at den utlyste stillingen har om lag samme arbeidsoppgaver som A innehar i dag, slik at en fortrinnsrett vil innebære en utvidelse av hennes nåværende stilling.

Nemnda har etter en konkret vurdering kommet til at de to stillingene har om lag samme arbeidsoppgaver. I sin vurdering har nemnda lagt vekt på at begge stillingene er nattevaktstillinger som krever de samme formelle kvalifikasjoner, og har det samme innhold som A har i sin nåværende stilling.

Nemnda går etter dette over til å vurdere om A var kvalifisert for stillingen som hjelpepleier/helsefagarbeider. B kommune har anført at A ikke har fortrinnsrett, da hun ikke er kvalifisert for stillingen på grunn av manglende personlige forutsetninger. Som nevnt kan det ved vurderingen av om en arbeidstaker er kvalifisert tas hensyn til både faglige og personlige forutsetninger.

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 pekes det i dommen på tilfeller der

arbeidstaker skaper store samarbeidsvansker eller på andre måter bidrar til et dårlig arbeidsmiljø for andre ansatte.

Nemnda har etter en konkret vurdering kommet til at A må anses kvalifisert for den utlyste stillingen.

Nemnda understreker at fortrinnsretten begrenser arbeidsgivers mulighet til fritt å ansette den de ønsker. Når arbeidsgiver anfører at arbeidstaker ikke er personlig egnet, må dette etter nemndas syn underbygges bedre enn det B kommune har gjort i denne saken. I denne vurderingen skal det også tas hensyn til at arbeidsgiver må regne med noe opplæring, samt korrigere eventuell uønsket atferd i forbindelse med tildeling av fortrinnsrett. Nemnda kan derfor ikke se at avvikene i arbeidsutførelsen som anføres uten videre kan medføre at fortrinnsretten settes til side.

Dersom B kommune mener at A ikke kan fungere som hjelpepleier/helsefagarbeider må kommunen 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.»

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.»

Virkningen av den ulempen arbeidsgiver blir påført ved å bli sittende med en lav stillingsbrøk, må vurderes konkret, utgangspunktet må 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. Departementet sluttet seg også til denne vurderingen i Prop.57 L (2017-2018) s. 14.

Nemdas medlemmer har delt seg i et flertall og et mindretall i saken.

Nemdsmedlemmene Rogstad, Solberg og Konstad, har etter en konkret vurdering kommet til at det ikke er tilstrekkelig sannsynliggjort at det vil medføre vesentlig ulempe for virksomheten å gi A fortrinnsrett til stillingen. Arbeidsgiver har redegjort for at ulempen ved å gi A fortrinnsrett er at hun ved sin væremåte har påvirket det psykososiale arbeidsmiljøet på en negativ måte, og at det er en belastning for øvrige ansatte å møte henne i jobbsituasjonen. Flertallet kan se at det kan være utfordringer å følge opp arbeidstakeren i forhold til arbeidsmiljøet, og at det vil kunne sees på som en ulempe. Det påhviler imidlertid arbeidsgiver en plikt til å ta tak i pågående arbeidsmiljøproblemer, og den prosessen foregår uavhengig av vurderingene om fortrinnsrett. Flertallet kan ikke se at en utvidelse av stillingen med 30 prosent vil utgjøre en vesentlig ulempe, fordi A allerede jobber i en stor stillingsandel med tilnærmet de samme oppgaver som den omsøkte stillingen. Nemndas flertall finner ut fra sakens opplysninger ikke at arbeidsgiver har sannsynliggjort at det fremstår som en vesentlig ulempe å gi henne utvidet stilling.

Nemndas flertall har etter dette kommet til A hadde fortrinnsrett til utvidet stilling.

Nemndas mindretall, Pedersen og Fjell, 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.

B kommune har redegjort for at ulempen ved å gi A fortrinnsrett er at hun ved sin væremåte har påvirket det psykososiale arbeidsmiljøet på en negativ måte, og at vedtatte pleieplaner rundt pasientene ikke blir fulgt. Slik saken er fremstilt er det opplysninger om at kommunen over tid har hatt tett oppfølging av A angående varslene som har kommet. Mindretallet viser til at det stilles små krav til konkretisering av ulempe, og kommunens anførsel om at A har en negativ innvirkning på psykososialt arbeidsmiljø er tilstrekkelig underbygget.

Nemndas mindretall finner det sannsynliggjort at det vil være en vesentlig ulempe for virksomheten å gi henne fortrinnsrett til å utvide 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 ekstern søker var i strid med As fortrinnsrett etter arbeidsmiljøloven § 14-3.

Tvisteløsningsnemnda

Steffen G. Rogstad
Nestleder

8. november 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.