



Tvisteløsningsnemnda

Vedtaksdato
27. august 2021

Vår referanse
2021/100

Saksbehandler
Mona Ekelund/Maria Schilvold

VEDTAK NR 96/21 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Tvisteløsningsnemnda avholdt møte torsdag 26. august 2021.

Ved behandlingen av saken var Tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Anne Marie Due, leder
Silje Hassellund Solberg, LO
Mårten Brandsnes Faret, KS

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 i stilling på 66,29 prosent i B kommune, for tiden med arbeidssted Sykehjem X.

Vinteren 2021 lyste B kommune ut to faste stillinger som «Spesialhjelpepleier/hjelpepleier/helsefagarbeider» på 100 prosent ved Sykehjem X med søknadsfrist 24. februar 2021. A søkte på stillingene den 10. februar 2021 og gjorde samtidig gjeldende fortrinnsrett for deltidsansatte etter arbeidsmiljøloven § 14-3.

På grunn av sitt krav om fortrinnsrett ble A først innkalt til en samtale med virksomhetsleder ved avdelingen, hvor A ble informert om at hun ikke kom til å få utvidet stilling, idet arbeidsgiver anså hennes tidligere sykefravær som en vesentlig ulempe for virksomheten. Etter ønske fra arbeidstaker og hennes hovedtillitsvalgt ble det i tillegg avholdt et drøftelsesmøte den 25. mars 2021. I drøftelsesmøtet bekreftet arbeidsgiver avslaget med den samme begrunnelsen som tidligere, og A mottok den 9. april 2021 et skriftlig avslag på sin søknad ved referat fra drøftelsesmøtet. Stillingene ble besatt av to eksterne søkere.

Saken ble brakt inn for Tvisteløsningsnemnda ved brev datert 23. april 2021, poststemplett 28. april 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 23. april 2021 med vedlegg
- brev datert 6. mai 2021 med vedlegg
- brev datert 15. juni 2021 med vedlegg
- brev datert 6. juli 2021 med vedlegg

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev datert 2. juni 2021 med vedlegg
- brev datert 24. juni 2021 med vedlegg

Arbeidstakers anførsler

A gjør gjeldende at hun har fortrinnsrett til utvidet stilling og anfører i det vesentligste at utøvelse av fortrinnsretten ikke vil innebære vesentlige ulemper for B kommune. A mener det ikke medfører riktighet at hun har et høyt sykefravær og at hun ikke fyller den stillingen hun allerede har, slik arbeidsgiver anfører. Hun viser til at hun er 100 prosent arbeidsfør og at hun ikke har noen kronisk sykdom. A oppgir at hun for en stund tilbake hadde sykefravær knyttet til ryggplager og en ankelskade, men at hun ikke har hatt lengre sykefravær etter at hun startet i fast stilling i mai 2020. Hun oppgir videre at hun det siste året kun har vært syk noen dager, og mener det er viktig å få frem at terskelen for å skulle holde seg og sine barn hjemme det siste året har vært lav på grunn av Covid-19-pandemien og smittevern hensyn.

A anfører videre at hun er kvalifisert for stillingene og viser til at hun holder seg oppdatert på relevante kurs, herunder har hun tatt kurset «Demens ABC» og et kurs i SAM/AKS.

A gjør også gjeldende at hun blir fratatt muligheten til å jobbe ekstravakter ved at arbeidsgiver ignorerer hennes forsøk på å gjøre seg tilgjengelig og heller gir vaktene til assistenter og innleide.

Arbeidsgivers anførsler

B kommune gjør gjeldende at A ikke har fortrinnsrett til utvidet stilling og anfører i det vesentligste at utøvelse av fortrinnsrett vil innebære vesentlige ulemper for virksomheten. Kommunen viser til at A har hatt et høyt sykefravær over tid og mener at et dette ikke er forenlig med en full stilling som også innebærer ekstra ansvar, særlig fordi det er få fulle helsefagarbeiderstillinger i virksomheten. Kommunen hevder at A må vise at hun faktisk kan jobbe vaktene i sin egen stillingsprosent før det kan bli aktuelt med noen økning.

Kommunen bestrider ikke at A innehar den nødvendige formelle kompetansen som kreves for stillingene, men anfører at det hyppige fraværet medfører at hun likevel ikke er kvalifisert.

Tvistløsningsnemndas 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).

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.

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.

Så langt nemnda kan se har ikke arbeidsgiver uttalt seg om hvorvidt stillingene har om lag samme arbeidsoppgaver. Da arbeidsgiver heller ikke har uttalt at de er enige i at dette vilkåret er oppfylt, finner nemnda grunn til å først ta stilling til dette.

I foreliggende sak har nemnda etter en konkret vurdering kommet til at de utlyste stillingene har om lag samme arbeidsoppgaver som As eksisterende stilling. I sin vurdering har nemnda lagt vekt på at arbeidsgiver ikke i tilstrekkelig grad har konkretisert hvilke arbeidsoppgaver i de omtvistede stillingene som eventuelt skiller seg fra As eksisterende stilling. Nemnda viser til at stillingsbeskrivelsen for As eksisterende stilling som arbeidsgiver har forelagt er generell

for flere ulike stillingskategorier og ikke angir definerte arbeidsoppgaver for stillingen som helsefagarbeider. Nemnda har videre lagt vekt på at det i stillingsutlysningen er oppgitt at én av tre alternative stillingskoder for de utlyste stillingene er den samme stillingskoden som A har i sin eksisterende stilling. Nemnda mener etter dette at en økning av As stilling i de utlyste stillingene vil være å anse som en utvidelse av hennes stilling.

Nemnda går så over til vurderingen av 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 arbeidsgiver ikke i tilstrekkelig grad har godtgjort at As utøvelse av fortrinnsrett vil innebære vesentlige ulemper for kommunen. 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. Nemnda kan ikke se av sakens dokumenter at det er godtgjort at As sykefravær vil innebære en vesentlig ulempe for kommunen. Nemnda viser til at A ifølge arbeidsgivers fraværsoversikt kun har hatt 15 dager sykefravær siden mai 2020, noe som etter nemndas syn ikke er unormalt. Dessuten mener nemnda at arbeidsgivere under Covid-19-pandemien på grunn av smittevern hensyn har måttet forvente et høyere sykefravær blant ansatte, særlig i yrker der hjemmekontor ikke lar seg gjennomføre. På denne bakgrunn mener nemnda at A ikke har hatt sykefravær i sin nåværende stilling utover det som etter forholdene måtte forventes.

Arbeidsgiver har videre anført at As fravær gjør at hun ikke er kvalifisert for de utlyste stillingene. Ved vurderingen av om arbeidstaker er kvalifisert kan det, i henhold til lovens forarbeider, tas hensyn til både faglige og personlige forutsetninger. Selv om det ikke kan utelukkes at helseproblemer i spesielle tilfeller kan medføre at en arbeidstaker ikke anses skikket/kvalifisert til stillingsutvidelsen, skal det mye til. Nemnda kan på samme måte som under ulempevurderingen ikke se at det er sannsynliggjort at A vil ha et høyt fremtidig sykefravær, og at hennes helse diskvalifiserer henne fra å gjøre fortrinnsrett gjeldende som deltidsansatt. Nemnda legger dermed til grunn at A er kvalifisert for stillingen.

A har etter dette fortrinnsrett til utvidet stilling, og ansettelsen av de to eksterne søkerne i de utlyste stillingene var dermed i strid med hennes fortrinnsrett etter arbeidsmiljøloven § 14-3.

Avslutningsvis finner nemnda grunn til å bemerke at fortrinnsretten etter § 14-3 i henhold til nemndas praksis ikke gjelder ekstravakter, se eksempelvis vedtak 43/16, 14/16 og 04/15. Arbeidsmiljøloven gir ikke noen veiledning om hvordan man skal prioritere mellom flere ansatte når det gjelder tildeling av ekstravakter. Det må etter nemndas oppfatning i utgangspunktet tilligge arbeidsgiver å foreta denne prioriteringen.

Konklusjon

Ansettelsen av to eksterne søkere var i strid med As fortrinnsrett etter arbeidsmiljøloven § 14-3.

Tvisteløsningsnemnda

Anne Marie Due
Leder

27. august 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.