



Tvisteløsningsnemnda

Vedtaksdato
30. september 2019

Vår referanse
2019/25350

Saksbehandler
Maria Schilvold

VEDTAK NR. 130/19 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Tvisteløsningsnemnda avholdt møte torsdag 26. september 2019.

Ved behandlingen av saken var Tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Anne Marie Due, leder
Silje Hassellund Solberg, LO
Per H. Engeland, Virke

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 60 prosent ved X i B kommune.

Den 12. mars 2019 lyste kommunen ut en stilling på 100 prosent som helsefagarbeider ved X dagsenter. A søkte på stillingen den 31. mars 2019 og krevde samtidig fortrinnsrett til stillingen. I forbindelse med at hun krevde fortrinnsrett, ble det avholdt drøftingsmøte mellom A og arbeidsgiver den 9. april 2019. I møtet informerte arbeidsgiver om at de mente at A på grunn av høyt sykefravær over en lengre periode ikke hadde fortrinnsrett til den utlyste stillingen. A mottok skriftlig avslag på e-post den 29. april 2019. Stillingen ble besatt av en annen deltidsansatt i kommunen.

Saken ble deretter brakt inn for Tvisteløsningsnemnda ved e-post av 27. mai 2019. Overfor nemnda har begge parter fått anledning til å komme med utfyllende merknader i saken.

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidstaker:

- e-post av 27. mai 2019, med vedlegg
- e-post av 13. juni 2019, med vedlegg
- e-post av 17. juli 2019, med vedlegg
- e-post av 30. august 2019, med vedlegg

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev datert 12. juni 2019, med vedlegg
- brev datert 7. august 2019, med vedlegg
- brev datert 18. september 2019, med vedlegg

Arbeidstakers anførsler

A gjør gjeldende at hun har fortrinnsrett til den omtvistede stillingen, og anfører i det vesentligste at hun er kvalifisert for stillingen og at utøvelse av fortrinnsretten ikke vil innebære vesentlige ulemper for virksomheten. Hun mener det ikke er riktig at hennes historiske sykefravær sannsynliggjør at en utvidelse av hennes stilling vil medføre noen merbelastning på arbeidsplassen. A viser til at en gjennomsnittsberegning av sykefraværet hennes de siste fire årene gir et uriktig inntrykk av hvor høyt sykefravær hun vanligvis har, da hun hadde et lengre sykefravær i 2016 som drar opp snittet betydelig. Hun har hatt lavt sykefravær i 2017, 2018 og 2019.

Videre mener A at hun er i stand til å inneha en full stilling, og at dette underbygges ved at hun har hatt et vikariat i kommunen på 40 prosent i perioden 19. februar 2018 til 11. november 2018 og at hun nå har en rammeavtale om vikariat på tilkalling med kommunen som ble inngått den 15. februar 2019.

A stiller også spørsmål ved om arbeidstakeren som ble tilsatt i den omtvistede stillingen hadde fortrinnsrett og var kvalifisert.

Arbeidsgivers anførsler

B kommune gjør gjeldende at A ikke er kvalifisert for stillingen og at utøvelse av fortrinnsrett vil medføre vesentlige ulemper for virksomheten. De anfører i det vesentligste at A har hatt et høyt sykefravær, og at dette viser at hun ikke kan stå i stillingen sin, samtidig som det vil medføre en belastning på øvrige arbeidstakere. Kommunen anfører også at arbeidstakeren som ble tilsatt i den omtvistede stillingen hadde fortrinnsrett og var kvalifisert for stillingen.

Tvisteløsningsnemndas merknader

Tvist mellom arbeidsgiver og arbeidstaker om fortrinnsrett for deltidsansatte kan bringes inn for Tvisteløsningsnemnda, jf. arbeidsmiljøloven § 17-2 (1) og § 14-3 (4). I henhold til forskrift om tvisteløsningsnemnd etter arbeidsmiljøloven § 2 settes nemnda med leder og to faste medlemmer.

Arbeidsmiljøloven § 14-3 (1) fastsetter at deltidsansatte har fortrinnsrett til utvidet stilling fremfor at arbeidsgiver foretar ny ansettelse i virksomheten. 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 (2).

Det er videre presisert i forarbeidene til bestemmelsen (Innst. O. nr. 100 for 2004-2005 pkt. 17.2) at fortrinnsretten til utvidelse etter § 14-3 gjelder stillinger med om lag de samme arbeidsoppgaver som den deltidsansatte allerede utfører. Nemnda finner at dette er tilfelle i foreliggende sak, da både den omtvistede stillingen og As nåværende stilling er stillinger som helsefagarbeider ved X og innebærer de samme arbeidsoppgavene, slik at dette vil være en utvidelse av As nåværende stilling.

Kommunen har anført at arbeidstakeren som ble tilsatt i den omtvistede stillingen også hadde fortrinnsrett til utvidet stilling og var kvalifisert. Arbeidsmiljøloven gir ingen veiledning på hvordan man skal prioritere mellom flere fortrinnsberettigede, og det må i utgangspunktet tilligge arbeidsgiver å foreta denne prioriteringen. A har imidlertid stilt spørsmål ved om den andre arbeidstakeren faktisk hadde fortrinnsrett til stillingen og var kvalifisert, ettersom arbeidstakeren ikke jobbet ved X fra før.

Av sakens opplysninger fremgår det at arbeidstakeren som ble tilsatt i den omtvistede stillingen var ansatt som «helsefagarbeider våken nattevakt» ved en av kommunens omsorgsboliger, mens den omtvistede stillingen er som helsefagarbeider ved X dagsenter. Dagsenteret er et dagtilbud for personer med utviklingshemninger og ulike tilleggsmålinger. Til tross for at den omtvistede stillingen kan ha noen av de samme arbeidsoppgavene som «helsefagarbeider våken nattevakt», mener nemnda at passivt nattevaktarbeid ved en omsorgsbolig etter sin art er så forskjellig fra det å skulle bidra i utvikling, tilrettelegging og koordinering av dagtilbud at det ikke kan være tale om en utvidelse av stillingen som våken nattevakt. Nemnda viser også til at det er forskjellige stillingskoder for stillingen som «helsefagarbeider våken nattevakt» og stillingen som helsefagarbeider ved X dagsenter. På denne bakgrunn finner nemnda at arbeidstakeren som ble tilsatt i stillingen ikke hadde fortrinnsrett til utvidet stilling etter arbeidsmiljøloven § 14-3.

Hvorvidt A hadde fortrinnsrett til stillingen avhenger etter dette av om hun var kvalifisert for stillingen og om det ville medføre vesentlig ulempe for arbeidsgiver.

B kommune har anført at A ikke er kvalifisert for stillingen fordi hun over tid har hatt så høyt sykefravær og at hun dermed ikke har vist at hun kan stå i den stillingen hun har. I henhold til lovens forarbeider, kan det ved vurderingen av om arbeidstaker er kvalifisert 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 ikke se at det er sannsynliggjort at A vil ha et høyt fremtidig sykefravær, og at As helse diskvalifiserer henne fra å gjøre fortrinnsrett gjeldende som deltidsansatt. Nemnda legger dermed til grunn at A er kvalifisert for stillingen.

Det avgjørende for nemnda blir etter dette om utøvelse av fortrinnsretten vil medføre vesentlig ulempe for virksomheten, jf. § 14-3 (2). Hva som ligger i begrepet vesentlig ulempe, er ikke nærmere definert i loven. Av lovens forarbeider, Ot. prp. nr. 49 (2004-2005) side 227, 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.

Nemnda kan ikke se at arbeidsgiver har påberopt noen annen ulempe enn at As historiske sykefravær tilsier at en utvidelse av hennes stilling vil medføre merbelastning for arbeidsplassen. 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 utgjøre en vesentlig ulempe, og viser til at A i 2017, 2018 og 2019 ikke har hatt sykefravær utover det som må anses normalt og at hun har lagt fram en legeerklæring der det konstateres at hun er i stand til å jobbe i full stilling. I tillegg har hun i perioden 19. februar 2018 til 11. november 2018 hatt et vikariat på 40 prosent, slik at hun til sammen jobbet full stilling i denne perioden. Nemnda har etter dette kommet til at en utvidelse av As stilling ikke vil medføre vesentlige ulemper for virksomheten.

A hadde dermed fortrinnsrett til den omtvistede stillingen.

Konklusjon

Ansettelsen i den omstridte stillingen var i strid med arbeidstakers fortrinnsrett etter arbeidsmiljøloven § 14-3.

Tvisteløsningsnemnda

Anne Marie Due
Leder

30. september 2019

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 (2). 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 (3).

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 (4).