

VEDTAK NR 153/17 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Tvisteløsningsnemnda avholdt møte onsdag 21. juni 2017.

Ved behandlingen av saken var tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Anne Marie Due, leder
Per H. Engeland, Virke
Ragnhild Bø Raugland, Akademikerne (vara)

Særskilt oppnevnte medlemmer

Cecilie R. Sæther, KS
Hilde Løkholm, 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 fagarbeider i stilling på 50 prosent ved SFO, B skole i B kommune.

I oktober 2016 ble det utlyst en stilling på 100 prosent som fagarbeider/assistent ved X barnehage. A søkte på stillingen og ble innkalt til intervju.

Søknaden ble avslått i e-post av 23. desember 2016. Avslaget ble begrunnet med at stilling som assistent/fagarbeider i barnehage er vesentlig forskjellig fra stilling som fagarbeider/assistent i SFO.

Saken ble brakt inn for tvisteløsningsnemnda ved brev av 17. januar 2017. Overfor nemnda har begge parter fått anledning til å komme med utfyllende merknader i saken.

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidstaker:

- brev av 17. januar 2017

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev av 15. februar 2017

Arbeidstakers anførsler

A anfører i det vesentligste:

Hun er kvalifisert for den omtvistede stillingen, og har fortrinnsrett etter arbeidsmiljøloven § 14-3. Hun er uenig i arbeidsgivers begrunnelse om at det er forskjellige arbeidsoppgaver for stilling som fagarbeider/assistent i barnehage og fagarbeider/assistent i SFO.

Arbeidsgivers anførsler

B kommune anfører i det vesentligste:

A har ikke fortrinnsrett til den omtvistede stillingen. Arbeidsgiver har vurdert stillingen som assistent/fagarbeider i barnehage som vesentlig forskjellig fra arbeid i SFO, og hevder at stilling i barnehage ikke kan forstås som en utvidelse av stilling i SFO/skole.

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

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). Ved vurderingen av om arbeidstaker er kvalifisert kan det, i henhold til lovens forarbeider, tas hensyn til både faglige og personlige forutsetninger.

Høyesterett har slått fast i dom av 25. april 2016 (HR-2016-00867-A) at arbeidsmiljøloven § 14-3 ikke åpner for at deltidsansatte kan gjøre krav på å tre inn i en del av en utlyst stilling. Deltidsansatt som gjør fortrinnsrett gjeldende etter arbeidsmiljøloven § 14-3, må dermed akseptere hele den utlyste stillingen. Nemnda vil bemerke at saksforholdet i denne saken skiller seg fra saksforholdet i den forannevnte høyesterettsdommen. Det legges til grunn at arbeidstaker i den aktuelle saken har fremmet krav om hele den utlyste stillingen på 100 prosent, og at hun i så fall vil si opp sin nåværende stilling på 50 prosent. Arbeidsgiver vil dermed sitte med de samme stillingene som tidligere, og det skapes ikke flere undersysselsatte enn før. Nemnda mener at det i et slikt tilfelle – i utgangspunktet – vil være grunnlag for å utøve fortrinnsrett, jf. nemndas vedtak 105/16 og 202/16.

Det presiseres 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. Dette er også lagt til grunn i nemndas praksis, og fremgår også av lovens ordlyd som omtaler at fortrinnsretten gjelder «utvidet stilling».

Nemnda har delt seg i et flertall og et mindretall i vurderingen av om stillingene innebærer om lag de samme arbeidsoppgavene. Nemndas flertall, medlemmene Due, Engeland og Sæther, har kommet til at den utlyste stillingen som fagarbeider/assistent ved barnehage kan ikke sies å innebære samme arbeidsoppgaver som stillingen som fagarbeider/assistent i skole/SFO. Arbeidsgiver har ikke konkretisert hvilke ulikheter det er mellom stillingene, men nemndas flertall finner det klart at stillingene er såpass ulike at det ikke kan betraktes som en utvidelse av As faste stilling. SFO og barnehage har ulikt utgangspunkt med hensyn til aldersgrupper, pedagogisk opplegg, daglige rutiner osv. Barnehagene har fastsatte krav til pedagogisk innhold, og ivaretar barna hele dagen, med bleieskift, måltider, soving osv., mens SFO har større barn og selvbestemte krav til det pedagogiske opplegget. Det er heller ikke behov for samme tette oppfølging som med småbarn i barnehagen. Selv om mange av kvalifikasjonskravene er like, anser ikke flertallet det som naturlig å se på disse stillingene som like. Det vises også til nemndas vedtak 72/11 hvor en enstemmig nemnd kom til at en omsorgsarbeider ansatt ved SFO ikke fikk medhold i sitt krav om fortrinnsrett til stilling som fagarbeider/assistent i barnehage. Nemnda kom til at stillingene ikke inneholdt «om lag de samme arbeidsoppgaver» som arbeidstaker hadde fra før og kunne dermed ikke regnes som utvidelse av stillingen. Fortrinnsretten etter arbeidsmiljøloven § 14-3 kommer derfor ikke til anvendelse i denne saken, og A kan ikke få medhold i sitt krav om fortrinnsrett.

Nemndas mindretall, medlemmene Raugland og Løkholm, har kommet til motsatt resultat. De finner ikke at det er noen vesentlige forskjeller mellom de ulike stillingene. Begge stillingene innehar det samme grunnpreget av omsorg for og ivaretagelse av barn, selv om aldersgruppene er noe ulike. Det er lagt avgjørende vekt på at stillingene det er tvist om ikke innebærer pedagogisk ansvar. Til tross for at deler av innholdet i oppgavene vil variere, foreligger det etter nemndas syn ikke slike forskjeller at det vil være til hinder for en stillingsutvidelse etter arbeidsmiljøloven § 14-3. Mindretallet finner på grunnlag av sakens

dokumenter og partenes opplysninger at arbeidsgiver ikke i tilstrekkelig grad har underbygget påstandene om at A ikke har fortrinnsrett til stillingen.

Det er etter dette ikke nødvendig for nemnda å ta stilling til om A var kvalifisert for stillingen som fagarbeider/assistent i barnehage, eller hvorvidt det vil være til vesentlig ulempe for arbeidsgiver dersom A får fortrinnsrett til den omtvistede stillingen.

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

Konklusjon

Arbeidstaker gis ikke medhold.

Tvisteløsningsnemnda

Anne Marie Due
leder

27.06.2017

Til orientering:

Tvister som nevnt i §§ 10-13, 12-14, 14-3 og 14-4a 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 regnet fra det tidspunkt tvisteløsningsnemndas avgjørelse foreligger, jf. arbeidsmiljøloven § 17-2 (3).