



Vedtaksdato
31. august 2020

Vår referanse
2020/98

Saksbehandlar
Mona Ekelund

VEDTAK NR 116/20 I TVISTELØYSINGSNEMNDA

Tvisteløysingsnemnda heldt møte torsdag 27. august 2020.

Ved behandlinga av saka var Tvisteløysingsnemnda sett saman slik:

Faste medlemmar:

Steffen G. Rogstad, nestleiar
Tore Trygve Dahlstrøm, Unio
Silje Stadheim Almestrand, NHO

Særskilt oppnemnde medlemmar

Ingrid T. Enoksen, NSF
Hege Torvbråten, KS

Saka gjeld

Tvist om fortrinnsrett for deltidstilsette etter arbeidsmiljølova § 14-3

Arbeidstakar

A

Arbeidsgivar

B kommune

Nemnda vedtok:

Saksforhold

A er fast tilsett som helsesjukepleiar i stilling på 60 prosent i B kommune.

Ho er i tillegg tilsett i ei mellombels prosjektstilling som helsesjukepleiar på 20 prosent same stad, med varigheit 1. november 2019 - 31. oktober 2020 med moglegheit for forlenging.

I brev av 25. juni 2019 fremma A ynskje om utvida stilling ved B helsestasjon ved eventuell ledig fast stilling.

Den 27. mars 2020 lyste kommunen ut ledig fast heiltidsstilling som helsesjukepleiar ved B helsestasjon med søknadsfrist 13. april 2020. A søkte på stillinga og fremma krav om fortrinnsrett. Ho var ein av ni søkjarar, der to var formelt kvalifisert og ein ville vere ferdig utdanna våren 2020.

Arbeidsgivaren avslo kravet i e-post av 27. april 2020. Avslaget blei grunngitt med at tilsetjingsprosessen var avslutta fordi søkjaren som fekk tilbod om stillinga takka nei fordi ho hadde takka ja til 100 prosent stilling i X kommune. A fekk samtidig tilbod om utviding av stillinga si med 20 prosent. Søkjaren som var ferdig utdanna våren 2020 har takka ja til 80 prosent stilling.

I brev til arbeidsgivar av 7. mai 2020 understreka A at ho kravde fortrinnsrett å få utvida stilling til 100 prosent ved å få enten heile eller delar av den utlyste stillinga.

Saka blei bringa inn for Tvisteløysingsnemnda ved e-post av 23. mai 2020. Overfor nemnda har begge partar fått høve til å kome med utfyllande merknader i saka.

Nemnda har fått desse dokumenta frå arbeidstakaren:

- e-post av 23. mai 2020 med vedlegg
- brev av 9. juni 2020 med vedlegg
- brev av 17. august 2020

Nemnda har fått desse dokumenta frå arbeidsgivaren:

- brev av 12. juni 2020
- brev av 4. august 2020

Utsegner frå arbeidstakar

A hevdar i hovudsak at ho har fortrinnsrett til 100 prosent stilling som helsesjukepleiar. Ho er kvalifisert og det vil ikkje føre til nokon vesentleg ulempe for verksemda om ho får auka stillinga si til 100 prosent. Ho har ikkje motteke nokon skriftleg tilbakemelding frå arbeidsgivar om manglar ved arbeidet hennar. Prosjektstillinga på 20 prosent vil ho seie opp dersom ho får 100 prosent fast stilling.

Ho blei oppfordra av kommunalsjefen om å si i frå seg fortrinnsrett til stillinga og stå som ordinær søkjar.

Utsegner frå arbeidsgivar

B kommune hevdar i hovudsak at A ikkje har fortrinnsrett fordi det vil vere ei vesentleg ulempe for verksemda.

Det er nødvendig å tilsette ein helsesjukepleiar til for å dekke dei lovpålagte tenestene til innbyggjarane og det ville ikkje vere mogleg å rekruttere kvalifiserte søkjarar til ei reststilling på 60 prosent.

Arbeidsgivar oppfatta at arbeidstakar munnleg aksepterte å seie frå seg fortrinnsretten og ho blei difor vurdert som ein ordinær søkjar. Tilsetjingsutvalet valde å innstille den andre søkjaren til stillinga. Utvalet var usikre på om A hadde dei personlege eigenskapane som stillinga forutset og valde å ikkje gå vidare i vurderinga.

Arbeidsgivar har delvis innfridd kravet ved å tilby A 20 prosent økt stilling til 80 prosent. Ho vil da til saman ha 100 prosent stilling.

Merknader frå Tvisteløysingsnemnda

Tvist mellom arbeidsgivar og arbeidstakar om fortrinnsrett for deltidstilsette kan bringast inn for Tvisteløysingsnemnda, jf. arbeidsmiljølova § 17-2 (1) og § 14-3 (5). I samsvar med forskrift om tvisteløysingsnemnd etter arbeidsmiljølova § 2 blir nemnda sett med nestleiar og to faste medlemmar. I tillegg er det nemnt opp endå to medlemmar med særleg kunnskap om den aktuelle bransjen (bransjemedlemmar).

Arbeidsmiljølova § 14-3 (1) fastset at deltidstilsette har fortrinnsrett til utvida stilling framfor at arbeidsgivaren gjer nyttilsettingar i verksemda. Eit vilkår for fortrinnsretten er at arbeidstakaren er kvalifisert for stillinga, og at å bruke fortrinnsretten ikkje vil gi vesentlege ulemper for verksemda, jf. § 14-3 (2). Ved vurderinga av om arbeidstakaren er kvalifisert, kan det, ifølgje førearbeida til lova, takast omsyn til både faglege og personlege føresetnader.

Innleiingsvis vil nemnda understreka at når arbeidstakar først har søkt på ei stilling tilsvarande si eiga, men med høgare stillingsprosent, kan ikkje arbeidsgivar la vere å vurdere om vedkommande har fortrinnsrett til stillinga. Etter nemndas oppfatning er søknaden i seg sjølv i eit slikt tilfelle eit klart krav om fortrinnsrett.

Nemnda vil også understreka at det er størrelsen på den faste stillinga som avgjer om arbeidstakar er deltidstilsett og kan gjere fortrinnsrett etter § 14-3 gjeldande. A oppfyller difor vilkåret sjølv om ho vil ha til saman 100 prosent stilling i kommunen gjennom stillingsauka arbeidsgivar har gitt tilbod om, ettersom 20 prosent høyrar til ei mellombels prosjektstilling.

Av lovteksten går det fram at fortrinnsretten gjeld «utvidet stilling». I førearbeida til arbeidsmiljølova § 14-3 (Innst. O. nr. 100 for 2004–2005 punkt. 17.2) er det presisert at retten gjeld stillingar med om lag same arbeidsoppgåver som den deltidstilsette allereie utfører i si faste stilling. Dette er også lagt til grunn i nemndas praksis.

Partane er einige i at den omtvista stillinga som helsesjukepleiar er identisk med deltidsstillinga A er tilsett i og nemnda legg også dette til grunn. Det er vidare uomtvista at arbeidstakar er formelt kvalifisert for stillinga og nemnda legg også det til grunn.

Arbeidsgivar har i søknadsprosessen og overfor nemnda latt vere å vurdere om arbeidstakar har dei rette personlege føresetnader som stillinga krev, og samtidig uttrykt usikkerheit på dette punkt utan å underbyggje eller dokumentere dette nærare overfor nemnda. Samtidig har dei gitt arbeidstakar tilbod om utviding av den faste stillinga hennar med 20 prosent. Etter ei samla vurdering legg nemnda etter dette til grunn at arbeidstakar også har dei personlege føresetnadene som gjer at ho er kvalifisert for den omtvista stillinga.

A er fast tilsett i ei stilling på 60 prosent og har lagt fram krav om fortrinnsrett slik at ho vil få ein stillingsprosent på 100. I denne saka vil arbeidsgivar i alle høve bli sittande igjen med ei ledig 60 prosent stilling dersom arbeidstakar får medhald i sitt krav.

Arbeidsgivar hevdar at det ikkje er mogleg å rekruttere kvalifiserte søkjarar til ei 60 prosent stilling som helsesjukepleiar og at kommunen treng ein helsesjukepleiar til for å dekke tenestetilbodet til innbyggjarane. Spørsmålet nemnda må ta stilling til er om det vil utgjere ei vesentleg ulempe for verksemda å gje A fortrinnsrett til meir enn 20 prosent av stillinga, jf. § 14-3 (2).

Kva som ligg i omgrepet vesentleg ulempe, er ikkje nærmare definert i lova. Av førearbeida til lova, Ot. prp. nr. 49 (2004–2005) punkt 17.2.6, går det fram at dette vil kvile på ei konkret vurdering av om det å bruke fortrinnsretten i det enkelte tilfellet vil gi urimelege utslag for verksemda:

«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.»

I samband med lovendringa i 2019 (Prop. 57 L (2017–2018) punkt 7.3) har departementet kome med følgjande merknad til føresegna:

«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.»

Verknaden av den ulempa arbeidsgivaren blir påført ved å bli sittende med ein låg stillingsbrøk, må vurderast konkret, utgangspunktet må likevel vere at deling av ei utlyst stilling vil utgjere ei ulempe for arbeidsgivaren, og at det derfor må stillast relativt små krav til konkretiseringa av negative verknader. Departementet slutta seg òg til denne vurderinga i Prop. 57 L (2017–2018) s. 14.

Nemnda har etter ei konkret vurdering kome til at det ikkje er ein vesentleg ulempe å gi A førerrett slik at ho til saman får 100 prosent fast stilling som helsesjukepleiar.

Nemnda kan ikkje sjå at arbeidsgivar har konkretisert at ulempene ved å sitte igjen med ei stilling på 60 prosent er ei vesentleg ulempe samanlikna med å sitte igjen med stillinga på 80 prosent. Det vert vist til at den nyutdanna har takka ja til 80 prosent stilling, utan at det kjem fram at arbeidsgivar har undersøkt moglegheita for at vedkommande ville takka ja til ei 60 prosent stilling. Nemnda viser også til at arbeidsgivar vurderte det som usannsynleg å rekruttere kvalifiserte søkjarar til lågare stilling enn 100 prosent, mens ein søkjar no har takka ja til 80 prosent stilling.

Nemnda har etter dette komen til at A har fortrinnsrett til utviding av stillinga si til 100 prosent.

Konklusjon

Tilsettinga av ein ekstern søkjar var i strid med arbeidstakars fortrinnsrett etter arbeidsmiljølova § 14-3.

Tvisteløysingsnemnda

Steffen Rogstad
Nestleiar

31. august 2020

Til orientering:

Tvistar som nemnt i §§ 8-3, 10-13, 12-14, 14-3 og 14-4 a kan bringast inn for domstolane etter at avgjerda frå Tvisteløysingsnemnda er klar, jf. arbeidsmiljølova § 17-2 (2). Konklusjonen frå nemnda står ved lag mens saka er til behandling i domstolane. Dersom dette vil verke urimeleg, kan retten etter krav frå ein av partane fastsette ei anna, mellombels ordning.

Fristen for å bringe tvisten inn for domstolane er åtte veker frå det tidspunktet parten blei underretta om avgjerda til nemnda, jf. arbeidsmiljølova § 17-2 (3).

Blir det ikkje reist søksmål innan fristen, har vedtaket verknad som ein rettskraftig dom, og det kan fullbyrdast etter reglane som gjeld for dommar, jf. arbeidsmiljølova § 17-2 (4).