



Tvisteløsningsnemnda

Vedtaksdato
2.02.2024

Vår referanse
2023/172

Saksbehandler
Birgit Espejord Jensen

SAK NR 2 /24 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Sakens tema

Tvist om fortrinnsrett for deltidsansatte etter arbeidsmiljøloven § 14-3 mellom A og B-kommune.

Vedtak

A krav om fortrinnsrett til følgende stillinger avvises etter arbeidsmiljøloven § 17-2 a første ledd fordi de er sendt inn for sent:

- Fagarbeider/assistent i vikarpool av 12. oktober 2022
- Fagarbeider/assistent i D av 12. oktober 2022

A får ikke medhold i sitt krav om fortrinnsrett etter arbeidsmiljøloven § 14-3 til følgende stillinger:

- Fagarbeider/assistent i D av 11. september 2022
- Fagarbeider/assistent i D av 30. oktober 2022
- Fagarbeider/assistent med ønske om videreutdanning av 4. desember 2022
- Barnehagelærer/fagarbeider i barnehage og skole av 12. desember 2022
- Fagarbeider/assistent i 100 % vikariat i D av 17. januar 2023
- Stilling som fagarbeider/assistent i D av 18. januar 2023
- Fagarbeider/assistent i D av 19. mai 2023

Nemndas sammensetning

Anne Marie Due, leder

Vetle Wetlesen Rasmussen, YS, fast medlem arbeidstakersiden

Andreas Dag Nilsen, KS, fast medlem arbeidsgiversiden

Arnfinn Grønvold, Lillestrøm kommune, bransjemedlem fra arbeidsgiversiden

Bjørn Saugstad, Utdanningsforbundet, bransjemedlem fra arbeidstakersiden

Sakens bakgrunn

A er fast ansatt som assistent i stilling på 40 prosent i B-kommune, for tiden ved E. A har vært 100 prosent sykemeldt siden 22. november 2022, og fikk arbeidsavklaringspenger fra NAV høsten 2023. A har ikke utdanning ut over grunnskole, og har vært fast deltidsansatt som fagarbeider/assistent i barnehager i B-kommune siden 4. januar 2021. Hun har hatt tidsbegrensede stillinger og avtaler som tilkallingsvikar siden 6. mars 2018.

Utlyste stillinger som det er krevd fortrinnsrett til

B-kommune har lyst ut flere stillinger siden høsten 2022, som A har krevd fortrinnsrett til. Kravet gjelder følgende stillinger:

- Fagarbeider/assistent i D av 11. september 2022
- Fagarbeider/assistent i vikarpool av 12. oktober 2022
- Fagarbeider/assistent i D av 12. oktober 2022
- Fagarbeider/assistent i D av 30. oktober 2022
- Fagarbeider/assistent med ønske om videreutdanning av 4. desember 2022
- Barnehagelærer/fagarbeider i barnehage og skole av 12. desember 2022
- Fagarbeider/assistent i 100 % vikariat i D av 17. januar 2023
- Fagarbeider/assistent i D av 18. januar 2023
- Fagarbeider/assistent i D av 19. mai 2023.

B-kommune har ikke gitt skriftlig avslag på følgende stillinger:

- Fagarbeider/assistent i D av 11. september 2022
- Fagarbeider/assistent med ønske om videreutdanning av 4. desember 2022
- Fagarbeider/assistent i D av 30. oktober 2022
- Barnehagelærer/fagarbeider i barnehage og skole av 12. desember 2022
- Fagarbeider/assistent i 100 % vikariat i D av 17. januar 2023
- Fagarbeider/assistent i D av 18. januar 2023

B-kommune avsto kravene om fortrinnsrett i brev av 24. oktober 2022 til to av stillingene i vikarpool i E, samt til fast stilling i D av 12. oktober 2022. Kommunen begrunnet avslaget med at A ikke ville bli vurdert videre for stillingene.

I mai 2023 lyste B-kommune ut en 100 prosent stilling som fagarbeider/assistent i D, med søknadsfrist den 19. mai 2023.

Den 17. mai søkte A på stillingen og krevde fortrinnsrett til hele stillingen.

I et møte den 12. juli 2023 ga B-kommune et muntlig avslag på krav om fortrinnsrett, og begrunnet det med at det ikke har vært en nyansettelse i stillingen. B-kommune opplyser at de omdisponerte en 100 prosent fast stilling fra vikarpoolen til D, og at en arbeidstaker fikk rett til fast stilling etter arbeidsmiljøloven § 14-9. Dette gjorde de etter at stillingen var utlyst.

Det er foretatt ansettelser i de stillingene som det er krevd fortrinnsrett til.

Kvalifikasjonskrav til de utlyste stillingene

Til stillingene som er utlyst som fagarbeider/assistent/ assistent med tilleggstudanning har B-kommune krevd formelle kvalifikasjoner med fagbrev som barne- og ungdomsarbeider eller annen relevant utdanning. Det opplyses i samme annonse at også andre uten fagbrev eller med tidligere erfaring fra yrket kan søke på stillingene.

Til stillingen som barnehagelærer/fagarbeider har kommunen krevd høyere utdanning som barnehagelærer eller annen relevant godkjent utdanning. Dersom de ikke fikk søkere med de ønskede kvalifikasjonene, kan andre søkere med barnefaglig bakgrunn eller friluftstudanning bli vurdert. Til stillingen som fagarbeider som ble utlyst sammen med barnehagelærer, er det krevd fagbrev som barne- og ungdomsarbeider eller annen relevant utdanning.

Det er stilt krav til personlig egnethet til alle de utlyste stillingene.

Andre forhold

A har hatt et høyt sykefravær i hele 2022, og har fra november 2022 vært helt sykemeldt fra deltidsstillingen. Noe av sykefraværet er begrunnet i personalkonflikter på arbeidstedet. Hun har også mottatt skriftlig advarsel for ikke å ha levert dokumentasjon for fravær.

B-kommune har hatt flere møter med A i 2022 og i 2023 om oppfølging av hennes sykefravær.

Som ledd i sykefraværsoppfølgingen ga B-kommune den 14. juli 2023 A tilbud om 60 prosent fast stilling i vikarpoolen. Siden A hadde ytret ønske om skifte av arbeidsted, ville kommunen at hun sa opp sin 40 prosent faste deltidsstilling i E dersom hun takket ja til tilbudet om stilling i vikarpoolen.

A takket ja til 20 prosent stilling i vikarpoolen, samtidig som hun ville beholde sin faste stilling på 40 prosent i E. I e-post den 27. juli 2023 skrev kommunen at de utsatte svarfristen på tilbudet om å jobbe 60 prosent fast i vikarpoolen. Alternativt kunne hun beholde stillingen i E, mot at hun sa fra seg fortrinnsretten.

Sakens dokumenter

A sendte saken til nemnda den 9. august 2023.

Begge parter har fått mulighet til å komme med utfyllende merknader.

A har sendt følgende til nemnda:

- brev av 9. august 2023
- brev av 7. september 2023
- brev av 13. oktober 2023
- brev av 11. januar 2024

B-kommune har sendt følgende til nemnda:

- brev av 7. september 2023
- brev av 15. september 2023
- brev av 9. oktober 2023

- brev av 12. desember 2023
- brev av 9. januar 2024

Arbeidsgivers syn på saken

Fristen er oversittet for stillingene som fagarbeider/assistent av 12. oktober og 30. oktober 2022

B-kommune hevder at de har gitt skriftlig avslag på søknadene til tre av stillingene, og at tvisten derfor må avvises når det gjelder fortrinnsrett til disse stillingene, da klagefristen er oversittet. Dette gjelder to stillinger som fagarbeider/assistent av 12. oktober 2022 og en stilling av 30. oktober 2022, hvor svarbrev var sendt henholdsvis den 24. oktober og den 24. november 2022.

Ikke faglig kvalifisert for stillingen som barnehagelærer/fagarbeider av 12. desember 2022

B-kommune hevder at A ikke hadde fortrinnsrett til disse stillingene fordi hun ikke er faglig kvalifisert. Kommunen viser til at stillingen var utlyst som barnehagelærer/fagarbeider med krav til høyere utdanning/videregående skole eller fagbrev, og at A ikke oppfyller utdanningskravene som kreves til stillingen.

Det er ikke foretatt nyansettelser i stillingen som fagarbeider/assistent av 19. mai 2023

B-kommune hevder at A ikke hadde fortrinnsrett til den utlyste stillingen i D, fordi det ikke er foretatt en ny ansettelse i lovens forstand.

Det ligger innenfor arbeidsgivers styringsrett å omdisponere arbeidstakere. Det var to som fikk stilling i D. Den ene var midlertidig ansatt som fagarbeider i 100 prosent stilling i D, og hadde opparbeidet seg rett til fast stilling etter arbeidsmiljøloven § 14-9 sjuende ledd. Den andre var fast tilsatt i vikarpoolen, og jobbet som assistent i 100 prosent stilling i D. Arbeidstakeren ble etter eget ønske omdisponert fra fast stilling i vikarpoolen til den faste stillingen i D. Arbeidsgiver mener at begge disse hjemlene går foran fortrinnsretten.

De resterende utlyste stillingene:

- Fagarbeider / assistent i D av 11. september 2022
- Fagarbeider / assistent med ønske om videreutdanning av 4. desember 2022
- Fagarbeider / assistent i 100 % vikariat i D av 17. januar 2023
- Stilling som fagarbeider / assistent i D av 18. januar 2023

B-kommune hevder at A ikke var personlig kvalifisert og at det vil medføre vesentlig ulempe for virksomheten å innvilge fortrinnsrett til de resterende stillingene.

Personlig kvalifisert

B-kommune hevder at vilkårene for fortrinnsrett ikke er oppfylt, fordi A ikke er personlig kvalifisert, og dermed ikke oppfyller vilkårene for fortrinnsrett. A har over tid hatt stort fravær, og hun har ikke fulgt rutiner for å melde ifra om sykefravær. Kommunen hevder at dette har ført til vansker med å finne vikar til hennes stilling på kort varsel. I tillegg har hun også mottatt advarsel fra arbeidsgiver for ikke å ha fulgt interne rutiner og dokumentert sykefraværet sitt i gitte perioder.

Vesentlig ulempe

Videre hevder arbeidsgiver at det ville medføre vesentlig ulempe for drift og personalplanleggingen dersom fortrinnsretten ble innvilget. As store fravær og usikkerhet med hensyn til om hun vil kunne jobbe i en større stilling, skaper usikkerhet om det er tilstrekkelig bemanning. Dette vil gå ut over andre ansatte, og vil skape et ekstra behov for vikarer for henne.

Kommunen hevder også at manglende samarbeidsklima er en vesentlig ulempe, da det har vært krevende å avholde oppfølgingsmøter med A over tid da hun ikke svarer på arbeidsgivers henvendelser om møter, noe som medfører at de ikke får mulighet til å finne gode løsninger for å få henne tilbake til jobben. B-kommune hevder at de først må få henne til å arbeide i sin 40 prosent stilling før hun kan utvide sin stillingsprosent, og at det i seg selv er en ulempe at de ikke kan si sikkert om hun vil greie å arbeide i en utvidetstilling.

Manglende drøfting

B-kommune hevder at ved den første søknaden i september 2022, ble vilkårene om fortrinnsrett drøftet av tilsettingsrådet. Denne ble avslått på grunn av den pågående personalkonflikten og As fravær. Videre viser kommunen til at de forsøkte å få til et drøftingsmøte om stillingen som ble utlyst i mai 2023, men at det ikke var mulig å finne tidspunkter som passet. B-kommune erkjenner at de ikke har drøftet alle fortrinnsrettssakene med arbeidstaker, men hevder at det var den samme begrunnelsen som ble lagt til grunn i senere søknader. Videre erkjenner kommunen at de skulle gitt skriftlige tilbakemeldinger på søknadene, men dette er ikke en feil som fører til at fortrinnsretten er krenket.

Arbeidstakers syn på saken

Fortrinnsretten brutt ved søknad på ni stillinger siden 2022

A hevder at hun har søkt på alle stillinger som hun har vært kvalifisert til siden 2022, og hun har generelt meldt til kommunen at hun hevder fortrinnsrett til ledige stillinger. B-kommune har ikke drøftet fortrinnsretten med henne, vurdert hennes fortrinnsrett til stillingene eller gitt henne avslag på fortrinnsrett til ledige stillinger som hun har søkt på.

A hevder videre at kommunen har brutt fortrinnsretten etter arbeidsmiljøloven § 14-3 når det gjelder alle de omsøkte stillingene, og at nemnda må vurdere fortrinnsretten til disse.

Er klagefristen på tre av stillingene oversittet?

A hevder at klagefristen ikke er oversittet fordi hun ikke har fått svar på søknadene. Hun viser til to svarbrev fra Webcruiter av 24. oktober 2022, og hevder at det ikke gikk fram i brevene at fortrinnsretten var vurdert. Videre hevder A at fristen uansett ikke er oversittet for stillingen av 30. november 2022, fordi hun ikke har mottatt svarbrev på den stillingen.

Fortrinnsretten er ikke innfridd ved tilbud om annen passende stilling

A hevder at kommunen ikke har tilbudt henne en tilsvarende stilling som den hun innehar. Hun har takket nei til en stilling i vikarpoolen fordi hun ikke ønsket å gå bort fra avtalen om fast arbeidssted til en avtale uten fast arbeidssted.

Manglende drøfting om fortrinnsrett

A hevder videre at B-kommune hverken har vurdert om hun hadde fortrinnsrett til de utlyste stillingene, eller drøftet disse etter arbeidsmiljøloven § 14-3, fjerde ledd. A hevder at stillingen som ble drøftet under møte den 12. juli 2023 ikke var den utlyste stillingen, men en stilling i vikarpoolen som hun ikke hadde søkt på. Dette begrunnes i at A søkte stillingen i D først den 17. mai 2023 og møteinnkallingen fra arbeidsgiver kom den 12. mai 2023, før hun hadde krevd fortrinnsrett til den utlyste stillingen. A har også flere ganger etterspurt en vurdering av hennes fortrinnsrett i forbindelse med sine søknader, uten at kommunen har svart henne på dette.

Manglende fortrinnsrett til ekstravakter etter § 14-3, fjerde ledd

Arbeidstaker hevder videre at hun ikke har fått tilbud om ekstravakter i perioder etter sykemelding. Hun var heller ikke fullt sykemeldt, men periodevis 100 prosent og 50 prosent sykemeldt mellom januar og påsken i 2022. Deretter var hun i full jobb fra 6. mai til 14. juni 2022, og var sykemeldt frem til 16. juli da barnehagen tok sommerferie. Fra barnehageårets oppstart den 15. august og frem til 22. november var hun tilbake i full jobb.

Vesentlig ulempe

A gjør gjeldende at kommunen ikke har sannsynliggjort vesentlig ulempe i sakene. A mener at B-kommune ikke kan bruke hennes sykefravær som argument for at det foreligger vesentlig ulempe, fordi dette er forårsaket av en konflikt på arbeidsplassen som ikke er fulgt opp av kommunen, og at dette har gjort henne syk. Hun viser også til at for sen varsling av sykefravær skyldes at hun hadde dårlige netter pga. sykdom, og dette ble tatt opp med arbeidsgiver.

Lovgrunnlag og hva partene er uenige om

Twisteløsningsnemnda kan etter arbeidsmiljøloven § 17-2 avgjøre tvister som nevnt i arbeidsmiljøloven 14-3 første ledd:

Deltidsansatte har fortrinnsrett til utvidet stilling fremfor at arbeidsgiver foretar ny ansettelse eller innleie i virksomheten. Fortrinnsretten kan også gjelde en del av en stilling.

Hvilke spørsmål har nemnda kompetanse til å avgjøre?

Innledningsvis vil nemnda bemerke at det er tvist om fortrinnsrett etter arbeidsmiljøloven § 14-3 første ledd, jf. § 14-3 sjette ledd nemnda har kompetanse til å avgjøre.

Nemnda har således ikke kompetanse til å ta stilling til andre spørsmål som er reist i denne saken, slik som personalkonflikter, ansettelsesprosesser, søkerlister og sykefraværsoppfølging etter arbeidsmiljøloven § 4-6. Disse spørsmålene vil derfor ikke bli vurdert og tatt stilling til. Dette gjelder også fortrinnsrett til ekstravakter etter arbeidsmiljøloven § 14-3 annet ledd, jf. § 14-3 sjette ledd.

Nemnda oppfatter også at partene er enige om at det ikke er gitt tilbud om en annen stilling som innebærer en innfrielse av kravet. Nemnda vil derfor ikke ta stilling til dette spørsmålet.

Nemndas begrunnelse

Nemnda har enstemmig kommet til at A ikke får medhold i sine krav.

Nemnda har gjort disse vurderingene:

Har A sendt inn enkelte av kravene for sent?

Nemnda har kommet til at to av kravene er sendt inn for sent og at disse må avvises.

Dette gjelder tvisten om fortrinnsrett til stillingene som fagarbeider/assistent i B-kommune av 12. oktober 2022 og fagarbeider/assistent i D av 12. oktober 2022.

Det står i arbeidsmiljøloven § 17- 2 a første ledd at saken må sendes til nemnda senest fire uker etter at arbeidstaker fikk skriftlig avslag fra arbeidsgiver.

Det er uenighet i saken om B-kommune har gitt avslag i sakene.

Det kommer frem av saksdokumentene at B-kommune sendte avslaget i e-post den 24. oktober 2022 for de to av stillingene av 12. oktober 2022. Dette er dokumentert i saken gjennom kopi av e-post innsendt av begge parter. Nemnda legger til grunn at avslagene kom frem til A samme dag som e-postene ble sendt. Nemnda legger videre til grunn at A fikk kunnskap om at hun ikke ville få stillingene samme dag som e-postene ble sendt, og hadde fra dette tidspunktet kunnskap til å vurdere om hun ville klage til Tvisteløsningsnemnda innen klagefristen etter § 17-2 a første ledd.

Når avslaget ble mottatt den 24. oktober 2022, var fristen for å bringe saken inn for nemnda den 21. november 2022 for de to stillingene av 12. oktober 2022. A sendte saken til nemnda 9. august 2023, og fristen på fire uker er dermed overskredet.

Konklusjon

A krav om fortrinnsrett til to stillinger som fagarbeider/assistent av 12. oktober 2022 avvises etter arbeidsmiljøloven § 17-2 a første ledd fordi de er sendt inn for sent.

Stillingen i D av 30. oktober 2022

Når det gjelder denne stillingen hevder arbeidstaker at hun ikke har mottatt skriftlig avslag. Arbeidsgiver har ikke lagt ved dokumentasjon på avslaget, men opplyser at det går frem av kommunens portal at det er sendt ut en e-post den 24. november 2022. Nemnda legger til grunn at det ikke er dokumentert at A har mottatt avslaget på kravet om fortrinnsrett til denne stillingen, og derfor ikke har kunnet ivareta sin klagerett innenfor fristen i § 17-2 a første ledd.

Nemnda vil derfor realitetsbehandle denne tvisten.

Nemnda går så videre til å behandle de sju kravene der arbeidsgiver ikke har gitt A avslag på kravene om fortrinnsrett og fristen dermed ikke er oversittet.

Stillingen som barnehagelærer/fagarbeider i barnehage og skole i B-kommune av 12. desember 2022

I denne tvisten er partene uenige om A var kvalifisert til stillingen.

Nemnda har kommet til at A ikke er kvalifisert.

Det står i lovens forarbeider (Ot. Prp. Nr. 49 (2004-2005) pkt. 17.2.6) at man skal ta hensyn til både faglige og personlige forutsetninger når man vurderer om en arbeidstaker er kvalifisert for en stilling.

Nemnda legger til grunn at det er et spørsmål om A er faglig kvalifisert for stillingen som barnehagelærer eller fagarbeider.

Det er uomtvistet at A ikke har utdanning ut over grunnskolen. Hun har ikke videregående utdanning som barne- og ungdomsarbeider eller fagbrev og er dermed ikke fagarbeider. Hun har heller ikke utdanning på bachelornivå som barnehagelærer som etterspurt i utlysningsteksten.

Nemnda har kommet til at A ikke hadde de formelle kvalifikasjoner som var etterspurt i utlysningsteksten, og følgelig ikke var kvalifisert til stillingen.

Det er etter dette ikke nødvendig for nemnda å ta stilling de øvrige vilkårene for fortrinnsretten for denne stillingen.

Konklusjon

A hadde ikke fortrinnsrett til stillingene som barnehagelærer/fagarbeider av 12 desember 2022.

Nemnda vurderer videre følgende stillinger samlet da utlysningsteksten oppstiller de samme kvalifikasjonskravene. Vilråene for fortrinnsrett vurderes dermed samlet for disse stillingene:

- Fagarbeider / assistent i D av 11. september 2022
- Fagarbeider/assistent i D av 30. oktober 2022
- Fagarbeider / assistent med ønske om videreutdanning av 4. desember 2022
- Fagarbeider / assistent i 100 % vikariat i D av 17. januar 2023
- Fagarbeider / assistent i D av 18. januar 2023

Nemnda har kommet til at A ikke er kvalifisert.

Det står i lovens forarbeider (Ot. Prp. Nr. 49 (2004-2005) pkt. 17.2.6) at man skal ta hensyn til både faglige og personlige forutsetninger når man vurderer om en arbeidstaker er kvalifisert for en stilling.

For disse stillingene gjelder tvisten om A er personlig kvalifisert.

Med personlige forutsetninger menes blant annet personlige egenskaper som har betydning for hvordan arbeidstakeren kan utføre sine egne arbeidsoppgaver. Dette kan for eksempel være evnen til å motivere medarbeidere i en lederstilling, overtalelsesevner i en salgsstilling eller serviceinnstilling eller kunde-/klienttekte i et serviceyrke. Videre følger det av Høyesterett (dom i Rt. 2003 s. 1754) at det også kan legges vekt på personlige egenskaper

som ikke har direkte betydning for arbeidstakerens utførelse av egne arbeidsoppgaver. Det kan være tilfeller der arbeidstaker skaper store samarbeidsvansker eller på andre måter bidrar til et dårlig arbeidsmiljø for andre ansatte.

Andre forhold nemnda i sin praksis har drøftet under kvalifikasjoner er manglende språkkunnskaper, høyt sykefravær/helseutfordringer, personlig egnethet, at å være kvalifisert for kun deler av stillingen ikke er tilstrekkelig, og at det er ikke et krav til at den best kvalifiserte blir ansatt. Nemnda har også drøftet mangler ved arbeidsutførelsen under personlig egnethet.

Nemnda har i sin vurdering lagt vekt på at det i utlysningstekstene er stilt krav til personlige egenskaper som gode samarbeids- og kommunikasjonsevner, og at det vil bli lagt vekt på personlig egnethet. Det er opplyst at det er samarbeidsproblemer mellom A og kolleger i barnehagen, og at det er mangelfull dialog ved fravær og mangelfull arbeidsutførelse. Nemnda har i sin praksis lagt vekt på at forhold som skaper samarbeidsvansker eller andre forhold som bidrar til et dårlig samarbeidsklima, kan vektlegges i vurderingen av personlig egnethet. I denne saken har arbeidsgiver vist til at de har forsøkt å avtale møter for å følge opp fraværet, men at det har vært vanskelig å få i stand avtaler med henne.

Nemnda viser også til et høyt sykefravær i hele 2022 og at arbeidstaker fortsatt er fraværende fra sin deltidsstilling. Det er også gitt en advarsel, på grunn av manglende etterlevelse av interne rutiner for melding om fravær i perioder der hun var delvis i jobb.

Nemnda har kommet til at arbeidsgiver har dokumentert at A på disse grunnlag ikke anses egnet til stillingen, og av den grunn ikke oppfyller stillingenes kvalifikasjonskrav.

Konklusjon

A hadde ikke fortrinnsrett etter arbeidsmiljøloven § 14-3 første ledd, til stillingene som:

- Fagarbeider/assistent i D av 11. september 2022
- Fagarbeider/assistent i D av 30. oktober 2022
- Fagarbeider/assistent med ønske om videreutdanning av 4. desember 2022
- Fagarbeider/assistent i 100 % vikariat i D av 17. januar 2023
- Fagarbeider/assistent i D av 18. januar 2023

Avslutningsvis vil nemnda bemerke at passivitetsbetraktninger kan gjøre seg gjeldende da noen av kravene er satt fram lenge etter utlysningen og ansettelse i stillingene. Nemnda har imidlertid kommet til at det ikke er nødvendig å gå nærmere inn på dette spørsmålet, da en uansett har kommet til at vilkårene for fortrinnsrett ikke er oppfylt og at arbeidstaker derved ikke kan få medhold i sine krav.

Stillingen i D av 19. mai 2023

I denne saken er partene uenige om det er foretatt en ny ansettelse i virksomheten.

Nemnda har kommet til at det ikke er foretatt en ny ansettelse i virksomheten. Det kommer frem av ordlyden at fortrinnsretten gjelder fremfor at arbeidsgiver foretar en «ny ansettelse eller innleie» i virksomheten.

I forarbeidene (prop. 133 L (2021-2022)) punkt 7.1.3 første avsnitt uttaler departementet om fortrinnsretten at:

«Formålet er å styrke eksisterende deltidsansattes posisjon til å få utvidet sin stillingsandel fremfor at økt arbeidskraftbehov i virksomheten dekkes gjennom ekstern rekruttering.»

Dette tilsier at fortrinnsretten må avgrenses mot tilfeller der arbeidsgiver tilsetter i stillinger på andre måter enn ved ekstern rekruttering.

Utgangspunktet er at det først er foretatt en ny ansettelse når en ekstern person tilsettes. Det følger likevel av forarbeidene og nemndas praksis, se vedtak 68/09, at bestemmelsen også brukes overfor interne søkere. Videre har nemnda kommet til at deltidsansattes fortrinnsrett også kan gjelde til foretrengsel for interne søkere i full stilling (se vedtak 10/22, 115/20 og 16/18). Nemnda har presisert blant annet i sak 115/20, at spørsmålet om hvorvidt det reelt er foretatt en ny ansettelse eller en intern forflytning/ omdisponering, vil bero på en konkret vurdering.

Det går fram av dokumenter i saken at en av de ansatte ble omplassert til fast stilling i D fra fast stilling i vikarpoolen tilknyttet D. Realiteten er at det bare har skjedd en omdisponering blant de ansatte i virksomheten innenfor rammen av det arbeidsforholdet som er inngått. At den som fikk stillingen beholdt samme stillingsprosent underbygger etter nemndas syn at dette var en intern omdisponering. Slik nemnda ser det foreligger det da ikke en ny ansettelse som utløser fortrinnsrett.

Nemnda bemerker at slike omrokninger kan arbeidsgiver gjøre i kraft av styringsretten. Nemnda har kommet til at omplasseringen må anses som en intern forflytning og ikke som en «ny ansettelse» i lovens forstand. Dette samsvarer med nemndas praksis, se vedtak 39/11, 42/14, 37/15, 39/21 og 109/22.

Den andre som fikk stillingen hadde vært midlertidig tilsatt i over tre år, og dermed opparbeidet seg rett til fast tilsetting etter arbeidsmiljøloven § 14-9. Nemnda legger til grunn at arbeidsgivers etterlevelse av sine forpliktelser etter arbeidsmiljøloven § 14-9 ved å gi midlertidig ansatte fast stilling ikke innebærer en «ny ansettelse» i arbeidsmiljøloven § 14-3 sin forstand. Dette er i samsvar med nemndas praksis, se blant annet i vedtakene 83/10, 84/10, 85/10, 10/13, 01/15, 12/18 og 98/23

Det er etter dette ikke nødvendig for nemnda å ta stilling de øvrige vilkårene for fortrinnsretten for denne stillingen.

Konklusjon

A får ikke medhold i sitt krav om fortrinnsrett etter arbeidsmiljøloven § 14-3 til stillingen av 19. mai 2023.

Stillingene er ikke drøftet med arbeidstaker

Nemnda bemerker også at det er uheldig at arbeidsgiver ikke har drøftet spørsmålet med arbeidstakeren slik arbeidsmiljøloven § 14-3 fjerde ledd krever.

Tvisteløsningsnemnda

Anne Marie Due
Leder

2. februar 2024