



Tvisteløsningsnemnda

Vedtaksdato
28. september 2022

Vår referanse
2022/79

Saksbehandler
Nina N. Hermansen

VEDTAK NR 84/22 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Tvisteløsningsnemnda avholdt møte torsdag 15. september 2022.

Ved behandlingen av saken var Tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Steffen G. Rogstad, nestleder
Vetle Wetlesen Rasmussen, YS
Mona Mjøen McKiernan, Spekter

Særskilt oppnevnte medlemmer

Øystein Mangset, Oslo kommune
Signe Skovholt, Frydenlund voksenopplæring og logopedtjenester

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 logoped i stilling på 80 prosent ved fagavdeling skole i B kommune.

B kommune utlyste stilling på 80 prosent som logoped/pedagog i fagavdeling sektor skole i B kommune. Stillingen består av 50 prosent som logoped og 30 prosent som pedagog.

A søkte på stillingen den 22. mars 2022 og fremsatte krav om fortrinnsrett til 20 prosent av stillingen, slik at hun får 100 prosent stilling som logoped.

Arbeidsgiver avsto kravet av e-post 5. mai 2022. Avslaget ble begrunnet med at arbeidsgiver ikke kan utnytte en logoped i 100 prosent stilling på en god måte og at arbeidstaker ikke er kvalifisert fordi hun ikke har pedagogisk utdanning. Det ble ansatt en ekstern søker i stillingen.

Saken ble brakt inn for Tvisteløsningsnemnda ved brev datert 10. mai 2022. Overfor nemnda har begge parter fått anledning til å komme med utfyllende merknader i saken.

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidstaker:

- brev datert 10. mai 2022
- brev datert 13. juni 2022
- brev datert 9. juli 2022
- e-post av 22. august 2022

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev datert 6. juli 2022

Arbeidstakers anførsler

A anfører i det vesentligste at hun har fortrinnsrett til 20 prosent av den utlyste stillingen. Hun mener hun er kvalifisert ettersom hun har master i logopedi og 10 års erfaring i skolen. I tillegg påpeker A at hun har fremsatt krav om fortrinnsrett til deler av stillingen som omhandler logopedi, som hun er kvalifisert for. A anfører at det ikke vil medføre vesentlig ulempe for virksomheten dersom hun får fortrinnsrett til 20 prosent av stillingen.

Arbeidsgivers anførsler

B kommune anfører i det vesentligste at A ikke har fortrinnsrett til deler av utlyst stilling. Arbeidsgiver mener A ikke er kvalifisert for stillingen fordi hun ikke har pedagogisk utdanning eller erfaring fra oppfølging av læringsresultater. Videre anfører arbeidsgiver at den utlyste stillingen og arbeidstakers nåværende stilling ikke har om lag samme arbeidsoppgaver. A har i dag arbeidsoppgaver som logoped, der hun primært arbeider med enkeltelever. Den utlyste stillingens arbeidsoppgaver er å veilede lærere i arbeid med begynneropplæringen, stillingen skal også følge opp skolens arbeid med læringsresultater og sammenhengen mellom lærerens undervisningspraksis og elevenes læring. Avslutningsvis anfører

arbeidsgiver at en fortrinnsrett for A vil medføre en vesentlig ulempe for virksomheten ettersom de ikke har behov for å øke tilbudet av det A kan gi.

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

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.

Uenigheten i denne saken gjelder om A er kvalifisert for den utlyste stillingen, om hennes nåværende stilling og omtvistet stilling har om lag samme arbeidsoppgaver og om fortrinnsrett til deler av den utlyste stillingen vil medføre vesentlige ulemper for virksomheten.

Arbeidsgiver anfører at A ikke er kvalifisert for stillingen fordi hun ikke har pedagogisk utdanning og at hennes nåværende stilling ikke har om lag samme arbeidsoppgaver som den utlyste stillingen. A påpeker at hun kun krever fortrinnsrett til deler av stillingen som omhandler logopedi.

Nemnda har delt seg i et flertall og i et mindretall.

Nemndas flertall, medlemmene Rogstad, Mjøen McKiernan og Mangset har etter en konkret vurdering kommet til at A ikke har fortrinnsrett til stillingen, ettersom hun ikke er kvalifisert for utlyst stilling og at stillingen ikke kan anses å ha «om lag samme arbeidsoppgaver» som hennes nåværende stilling, og ikke kan betraktes som en utvidelse av denne.

A er ansatt som logoped i 80 prosent stilling hvor hun primært arbeider med enkeltelever. Det følger av utlysningsteksten at den omtvistede stillingen skal bistå skoler i oppfølging av faglige resultater og delta i skoleeiers ansvar for kvalitetsutvikling i skolene. Dette er arbeidsoppgaver A ikke utfører i sin nåværende stilling. Flertallet mener oppgavene i de to stillingene ikke kan anses som om lag de samme, slik forarbeidene til arbeidsmiljøloven forutsetter. Dette underbygges også av at den utlyste stillingen også har pedagogisk utdanning som kvalifikasjonskrav.

Arbeidstaker har anført at hun kun krever fortrinnsrett til deler av stillingen som omhandler logopedi, som har om lag samme arbeidsoppgaver som hun utfører i sin nåværende stilling. Flertallet bemerker til dette at man ikke kan ha fortrinnsrett til enkeltoppgaver som tilligger en stilling, se tidligere vedtak 104/19. En forutsetning for fortrinnsretten er som nevnt ovenfor at oppgavene er om lag de samme. Fortrinnsrett til del av en stilling innebærer at man kan ta en andel av stillingens størrelse, men at oppgavene tilsier at dette vil være en utvidelse av eksisterende stilling og at man er kvalifisert for alle oppgavene. Det kan flertallet ikke se er tilfellet i denne saken. Selv om begge stillingene har noen felles arbeidsoppgaver, har flertallet kommet til at oppgavene er for ulike til at den utlyste stillingen kan anses som en utvidelse av As nåværende stilling.

Fortrinnsretten etter arbeidsmiljøloven § 14-3 kommer derfor ikke til anvendelse i denne saken, og A kan ikke få medhold i sitt krav.

Det er etter dette ikke nødvendig for flertallet å ta stilling til om det vil være til vesentlig ulempe for arbeidsgiver dersom hun får fortrinnsrett til deler av den omtvistede stillingen.

Nemndas mindretall, medlemmene Rasmussen og Skovholt, har kommet til den samme konklusjon, men med et annet grunnlag. Bestemmelsene om fortrinnsrett innebærer begrensninger i arbeidsgivers styringsrett ved valg av hvem de skal ansette i den ledige stillingen, og en sammenslåing av to mulig adskillbare stillinger endrer ikke dette utgangspunkt. Mindretallet mener derfor spørsmålet om lag samme stilling, og kvalifikasjonsvurderingen i denne sak må foretas isolert for logopedidelen av stillingen som det påberopes fortrinnsrett til.

Den utlyste stillingen har en tydelig todeling, med hver sin respektive stillingsbrøk. Selv om det kan tenkes at arbeidsgiver har ønsket å trekke synergier mellom de ulike delene av stillingen, vil ikke måten arbeidsgiver har valgt å organisere stillingen på, medføre et bortfall av arbeidstakers fortrinnsrett. Denne saken skiller seg fra tidligere vedtak 104/19, ved at arbeidsoppgavene syntes der mer sammenflettet, og det der var tale om å påberope fortrinnsrett til enkelte av arbeidsoppgavene i stillingen. I vår sak er det i praksis tale om to ulike stillinger, med tilhørende arbeidsoppgaver det er knyttet egne kvalifikasjonskrav til. Spørsmålet om oppdelingen av stillingen vil etter mindretallets syn derved tilhøre ulempevurderingen.

Mindretallet legger til grunn at logopedidelen av stillingen har om lag de samme oppgavene hun har i dag, og at A er kvalifisert for denne delen av stillingen.

Spørsmålet for mindretallet blir om det vil medføre en vesentlig ulempe for virksomheten dersom A får fortrinnsrett til 20 prosent av den utlyste stillingen som omhandler logopedi, 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.»

Departementet har i forbindelse med lovendringen i 2019 (Prop. 57 L (2017-2018) punkt 7.3) kommet med følgende merknad til bestemmelsen:

«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.»

Virkingen av den ulempen arbeidsgiver blir påført ved å bli sittende med en lav stillingsbrøk, må vurderes konkret, utgangspunktet må likevel være at deling av en utlyst stilling vil utgjøre en ulempe for arbeidsgiver, og at det følgelig må stilles relativt små krav til arbeidsgivers konkretisering av negative virkninger. Departementet sluttet seg også til denne vurderingen i Prop.57 L (2017-2018) s. 14.

Mindretallet har etter en konkret vurdering kommet til at fortrinnsrett til en del av den utlyste stillingen vil medføre en vesentlig ulempe for virksomheten. Mindretallet legger vekt på at hennes stilling, og logopedidelen av den utlyste stillingen, er knyttet opp til skolesektorene og det komprimerte skoleåret på 38 uker. En utvidelse av stillingen til fulltid, vil derfor innebære at kommunen må sysselsette arbeidstaker i en periode det ikke er behov for logopedtjenester i skolesektoren.

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

Konklusjon

A gis ikke medhold i krav om fortrinnsrett etter arbeidsmiljøloven § 14-3.

Tvisteløsningsnemnda

Steffen G. Rogstad
Nestleder

28. september 2022

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.