



Tvisteløsningsnemnda

Vedtaksdato
5. juni 2020

Vår referanse
2020/55

Saksbehandler
Mona Ekelund

VEDTAK NR 90/20 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Tvisteløsningsnemnda avholdt møte torsdag 4. juni 2020.

Ved behandlingen av saken var Tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Steffen G. Rogstad, nestleder
Silje Hassellund Solberg, LO
Marianne Pedersen, Virke

Særskilt oppnevnte medlemmer

Hege Torvbråten, KS
Arne Løseth, 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 miljøterapeut i stilling på 71,24 prosent hos B kommune, for tiden med tjenestested avd. X hjemmebaserte, C bofellesskap.

Hun er utdannet sosionom og har to års videreutdanning innen rus/psykiatri.

Kommunen lyste ut 100 prosent fast stilling som miljøterapeut ved Bo og aktivitet Nord, avdeling Z bofellesskap 1. etg, med søknadsfrist 19. desember 2019. A søkte på stillingen, fremsatte krav om fortrinnsrett og gjennomførte intervju 20. januar 2020.

Kravet ble avslått av arbeidsgiver i e-post av 6. februar 2020. Avslaget ble begrunnet med at stillingen var besatt. Etter henvendelse fra arbeidstaker ga arbeidsgiver i e-post av 11. februar 2020 tilleggsbegrunnelsen at A ikke var kvalifisert.

En midlertidig ansatt sykepleier ved Z bofellesskap 1. etg. fikk stillingen.

Saken ble brakt inn for Tvisteløsningsnemnda ved e-post av 27. februar 2020. 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. februar 2020 med vedlegg
- brev og e-post av 17. april 2020
- brev datert 30. april 2020

- Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:
- e-post av 14. april 2020 med vedlegg
- e-post av 22. april 2020 med vedlegg
- e-post av 27. april 2020 med vedlegg
- e-post av 8. mai 2020 med vedlegg

Arbeidstakers anførsler

A anfører i det vesentligste at hun har fortrinnsrett. Stillingen innebærer om lag de samme arbeidsoppgavene, overfor den samme type brukergruppe som hun utfører i sin nåværende stilling. Hun kjenner også brukerne og oppgavene, ettersom hun har tatt ekstravakter ved dette bofellesskapet tidligere. Kritik fra kollegaer og uoverensstemmelser mellom de ansatte kan ikke tas til inntekt for at hun ikke er kvalifisert.

Arbeidsgivers anførsler

B kommune anfører i det vesentligste at A ikke kan få medhold i sitt krav.

Arbeidsoppgavene ved de to bofellesskapene er ikke om lag de samme, fordi beboerne har ulike pleie og omsorgsbehov.

A er ikke personlig egnet for stillingen. Hun er faglig svak og mangler nødvendige samarbeidsegenskaper. Tidligere ledere har gitt A dårlige referanser. Det pågår en personalsak på grunnlag av kritikk fra andre ansatte.

Det vil medføre vesentlig ulempe å gi A fortrinnsrett. Sykepleieren som fikk stillingen har gjennom sin midlertidige ansettelse opparbeidet en god relasjon til brukerne og bidrar til et godt arbeidsmiljø. Kontinuitet er viktig, særlig i en tid der det har vært flere utskiftninger av ansatte. Bofellesskapet trenger fortrinnsvis en miljøterapeut med sykepleierfaglig kompetanse fordi beboerne har mye somatikk i tillegg til tyngre psykisk utviklingshemming.

Tvisteløsningsnemndas merknader

Tvist mellom arbeidsgiver og arbeidstaker om fortrinnsrett for deltidsansatte kan bringes inn for Tvisteløsningsnemnda, jf. arbeidsmiljøloven § 17-2 (1) og § 14-3 (5). I henhold til forskrift om tvisteløsningsnemnd etter arbeidsmiljøloven § 2 settes nemnda med nestleder 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.

Arbeidsgiver anfører at stillingene ikke har om lag samme arbeidsoppgaver fordi beboerne har ulike behov.

Det fremgår 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.

Nemnda har etter en konkret vurdering kommet til at de to stillingene har om lag samme arbeidsoppgaver. I sin vurdering har nemnda lagt vekt på stillingsbeskrivelsene der det fremkommer at kvalifikasjonskrav, ansvars- og myndighetsområde og arbeidsoppgaver er identiske. Selv om beboerne kan ha noe ulike omsorgs- og pleiebehov innebærer det i denne saken ikke at det fratrar stillingene karakter av å ha «om lag samme arbeidsoppgaver». Til støtte for dette syn viser nemnda også til stillingsutlysningen der det ikke fremgår spesielle opplysninger om beboernes pleiebehov. Den omtvistede stillingen må etter nemndas oppfatning dermed anses som en utvidelse av A sin faste stilling.

I tråd med stillingsutlysningen og partenes opplysninger for øvrig, legger nemnda til grunn at A oppfyller de formelle kravene for stillingen.

Arbeidsgiver har anført at A ikke er kvalifisert fordi hun ikke er personlig egnet for den omtvistede stillingen.

Med personlige forutsetninger menes blant annet personlige egenskaper som har betydning for hvordan vedkommende kan utføre sine egne arbeidsoppgaver. Dette kan for eksempel være evnen til å motivere medarbeidere i relasjon til en lederstilling, overtalelsesevner i relasjon til en salgsstilling eller serviceinnstilling eller kunde-/klienttekte i relasjon til et serviceyrke. Videre følger det av Høyesteretts dom Rt. 2003 s. 1754 at det i vurderingen også kan legges vekt på personlige egenskaper som ikke har direkte betydning for arbeidstakerens utførelse av egne arbeidsoppgaver. Som eksempler peker dommen på tilfeller der arbeidstaker skaper store samarbeidsvansker eller på andre måter bidrar til et dårlig arbeidsmiljø for andre ansatte.

Nemnda finner etter en konkret vurdering at påstandene om at A ikke er kvalifisert på grunn av manglende personlig egnethet ikke er godt nok underbygget. Nemnda legger avgjørende vekt på at A jobber i stillingen som miljøterapeut nå og at eventuelle mangler ved hennes arbeidsutførelse i forbindelse med den pågående personalsaken opplyses å ikke være på et nivå som gjør at det er aktuelt for arbeidsgiver å gi en advarsel.

Nemnda understreker at fortrinnsretten begrenser arbeidsgivers mulighet til fritt å ansette den de ønsker. Når arbeidsgiver anfører at arbeidstaker ikke er personlig egnet, må dette underbygges bedre enn arbeidsgiver har gjort i denne saken. I denne vurderingen skal det også tas hensyn til at arbeidsgiver må påregne noe opplæring, samt korrigere eventuell uønsket atferd i forbindelse med tildeling av fortrinnsrett. Nemnda kan derfor ikke se at avvikene i arbeidsutførelsen som anføres uten videre kan medføre at fortrinnsretten settes til side.

Dersom arbeidsgiver mener at A ikke kan fungere som miljøterapeut må arbeidsgiver trekke de arbeidsrettslige konsekvensene av dette. Suspensjon av fortrinnsrett er ikke en slik konsekvens. Nemnda finner derfor at A ikke kan nektes fortrinnsrett med den begrunnelse som arbeidsgiver gir om egnethet.

Arbeidsgiver har anført at det er en vesentlig ulempe å ikke benytte seg av kompetansen og erfaringen til den tilsatte sykepleieren og at det vil gå utover tjenestetilbudet til beboerne ved at kontinuiteten og en god relasjon brytes.

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.

Nemnda har kommet fram til at det ikke er tilstrekkelig godtgjort fra arbeidsgivers side at det vil medføre vesentlig ulempe for virksomheten å tilby A den omstridte stillingen.

Etter nemndas forståelse er det mest sentrale i arbeidsgivers argumentasjon for å ansette den andre søkeren, at vedkommende er bedre kvalifisert. Etter nemndas praksis kan ikke fortrinnsrett avskjæres med den begrunnelse at en annen søker er bedre kvalifisert eller har en mer attraktiv kompetanse. Denne virkningen kan derfor i seg selv ikke utgjøre en «vesentlig ulempe» i lovens forstand. Tvert imot er det nettopp i slike tilfeller at fortrinnsretten skal sikre den deltidsansatte utvidet stilling. Nemnda ser at det kan utgjøre

en ulempe for beboerne at relasjonen til vedkommende som fikk stillingen ville brytes dersom A gis fortrinnsrett, men etter nemndas vurdering utgjør ikke dette en vesentlig ulempe i lovens forstand.

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

Konklusjon

Ansettelsen av en ekstern søker var i strid med As fortrinnsrett etter arbeidsmiljøloven § 14-3.

Tvisteløsningsnemnda

Steffen G. Rogstad
Nestleder

5. juni 2020

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).