



Tvisteløsningsnemnda

Vedtaksdato
21.06.2024

Møtedato
18.06.2024

Vår referanse
2024/29

Saksbehandler
Nina N. Hermansen

SAK NR 62/24 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Sakens tema

Tvist om fortrinnsrett for deltidsansatte etter arbeidsmiljøloven § 14-3

Arbeidstaker

A

Arbeidsgiver

B

Vedtak

A hadde ikke fortrinnsrett etter arbeidsmiljøloven § 14-3.

Nemndas sammensetning

Anne Marie Due, leder

Ingrid Tordis Enoksen, UNIO, fast medlem arbeidstakersiden

Silje Stadheim Almestrand, NHO, fast medlem arbeidsgiversiden

Kai Nygård, Fagforbundet, bransjemedlem arbeidstakersiden

Ingrid B. Tenfjord, KA, bransjemedlem arbeidsgiversiden

Sakens bakgrunn

A er fast ansatt som kirketjener i stilling på 20 prosent i B, med hovedarbeidssted i C kirke.

B lyste ut stilling som kirketjener og byggteknisk ansvarlig på 100 prosent med D kirke, D kapell og D kirkesenter som hovedarbeidsplass. Søknadsfristen var 11. desember 2023.

A søkte på stillingen.

B avslo kravet i brev av 8. februar 2024. En ekstern søker ble ansatt i stillingen.

Sakens dokumenter

A sendte saken til nemnda 11. februar 2024.

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

A har sendt følgende til nemnda:

- brev av 11. februar 2024
- brev av 3. mars 2024
- brev av 23. mars 2024

B har sendt følgende til nemnda:

- brev av 26. februar 2024
- brev av 11. mars 2024

Arbeidsgivers syn på saken

B hevder at A ikke kan få medhold i sitt krav fordi den nye stillingen ikke har om lag samme arbeidsoppgaver som A har i sin nåværende stilling, og at A dermed ikke har fortrinnsrett. Videre hevder arbeidsgiver at A ikke er kvalifisert for den utlyste stillingen og at det ville medføre vesentlig ulempe for virksomheten dersom A fikk fortrinnsrett. Arbeidsgiver anfører at arbeidstaker ikke kan kreve fortrinnsrett til deler av stillingen som omhandler kirketjeneroppgavene og at man ikke kan ha fortrinnsrett til enkeltoppgaver som tilligger en stilling.

Ikke om lag samme arbeidsoppgaver

Arbeidsoppgavene i stillingen som 100 prosent kirketjener og byggteknisk ansvarlig har ikke om lag samme arbeidsoppgaver som As faste stilling som kirketjener i 20 prosent stilling. Selv om stillingene har noen felles arbeidsoppgaver er oppgavene for ulike til at den utlyste stillingen kan anses som en utvidelse av As nåværende stilling. Stillingen som kirketjener og byggteknisk ansvarlig er en stilling som innebærer ansvar for 7 kirker, 2 kapell og tilhørende servicebygg. Det byggtekniske ansvaret er en vesentlig del av stillingen. Byggteknisk ansvarlig skal utføre tilsyn og enkelt vedlikehold av kirker og kapell og bidra til fellesrådets planarbeid knyttet til HMS-rutiner, ivaretagelse og renovering og utvikling av disse.

As nåværende stilling som kirketjener innebærer ikke byggteknisk ansvar, verken for C kirke eller noen andre bygg som fellesrådet forvalter. De byggtekniske arbeidsoppgavene er derfor noe helt annet enn de arbeidsoppgavene A har i sin nåværende stilling. Videre er kirketjeneroppgavene i D vesensforskjellig fra kirketjenerstillingen i C. I stillingen som «kirketjener og byggteknisk ansvarlig», forventes det at kirketjener skal være delaktig i

planlegging, gjennomføring og evaluering av arrangementer, kirkelige handlinger og gudstjenester. Dette omfatter noe annet og mer enn arbeidsoppgavene i stillingen som kirketjener i C.

Kvalifikasjon

Subsidiært anfører arbeidsgiver at A ikke er kvalifisert for den utlyste stillingen. I utlysningen er det krevd utdanning innen byggfag, helsefag, sosialfag eller pedagogiske fag. A har ikke slik utdanning. En stor del av stillingen er knyttet til byggteknisk ansvar, og krever derfor byggteknisk kompetanse.

A ble innstilt som nummer to fordi det bare var to søkere til stillingen. Dersom den som ble innstilt på førsteplass hadde takket nei, vurderte arbeidsgiver det slik at det var bedre å ansette A, enn at stillingen var ubesatt, selv om han ikke hadde de etterspurte kvalifikasjonene.

Vesentlig ulempe

Dersom nemnda skulle komme til at A har fortrinnsrett til deler av stillingen som kirketjener og byggteknisk ansvarlig, så vil det innebære vesentlige ulemper for virksomheten.

Stillingen kan ikke deles opp uten at man mister den fleksibiliteten arbeidsgiver var ute etter og som var årsaken til sammensetningen av arbeidsoppgaver. Dersom A får fortrinnsrett til kirketjeneroppgavene vil kirketjenerfunksjonen ikke være tilgjengelig enkelte dager i uken, noe som er uheldig siden stillingen skal betjene 50-60 begravelser i året og 10-15 årlige vigslar. Kirketjenerjobben i C kan ikke kombineres med kirketjenerfunksjonen i D siden arbeidsoppgavene må utføres på samme tidspunkt, fordi kirketjeneroppgavene knytter seg til kirkelige handlinger som stort sett foregår på samme tidspunkt, søndager og helligdager. Dersom A får stillingen som kirketjener i D må han si opp i C og i tillegg må de ansette en egen byggteknisk ansvarlig. Det blir vanskelig å rekruttere til en slik deltidstilling. Dersom A får fortrinnsrett til hele stillingen som kirketjener og byggteknisk ansvarlig, vil det innebære vesentlige ulemper for virksomheten fordi han får mange nye arbeidsoppgaver som krever tid og ressurser til opplæring. I tillegg vil det medføre økte kostnader fordi man må kjøpe tjenester eksternt for å dekke opp As manglende kompetanse.

Arbeidstakers syn på saken

A hevder at han har fortrinnsrett til stillingen som kirketjener og byggteknisk ansvarlig fordi han har lang erfaring som kirketjener. Selv om han mangler formell utdanning, mener han at det kan kompenseres med erfaring fra stillingen han har i dag og lignende arbeid, annen utdanning og interesse. Tidligere kirketjener/byggteknisk ansvarlig har ikke utført store byggetekniske tiltak, det har blitt brukt ekstern arbeidskraft til større jobber. A har i nåværende stilling skiftet kledning på vegg og gjort små reparasjoner på blant annet tak. Han er også brannvernleder i C kirke. A vil ikke ha noe problem med å tre inn i den utlyste stillingen, det er det byggetekniske han må ha opplæring i. Den som fikk stillingen har ikke erfaring som kirketjener og må da ha tilsvarende opplæring i det.

Det er ikke et vilkår for å få fortrinnsrett at man er best kvalifisert og man kan også kreve fortrinnsrett til de delene av stillingen som omhandler kirketjeneroppgavene. A får gode

tilbakemeldinger på arbeidet han gjør i dag og det vil ikke medføre vesentlig ulempe for arbeidsgiver dersom han får fortrinnsrett.

Lovgrunnlag og hva partene er uenige om

Tvisteløsningsnemnda 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.

Etter § 14-3 tredje ledd må arbeidstaker være kvalifisert for stillingen og utøvelse av fortrinnsretten må ikke innebære vesentlige ulemper for virksomheten.

I denne saken er partene uenige om As nåværende stilling og utlyst stilling har om lag samme arbeidsoppgaver, om A er kvalifisert for den utlyste stillingen og om fortrinnsrett vil medføre vesentlig ulempe for virksomheten.

Nemndas begrunnelse

Nemnda har delt seg i et flertall og et mindretall. Flertallet, medlemmene Due, Almestrand og Tenfjord, har kommet til at A ikke hadde fortrinnsrett. Mindretallet, medlemmene Enoksen og Nygård, har kommet til at ansettelsen av en ekstern søker var i strid med As fortrinnsrett.

Nemnda har gjort disse vurderingene:

Nemnda viser til at A har søkt på den utlyste stillingen og har dermed tatt utgangspunkt i at han krever fortrinnsrett til hele denne, og derved vil si opp sin nåværende stilling. A har også fremsatt krav om fortrinnsrett til den delen av den utlyste stillingen som bare innebærer kirketjeneroppgaver. Til dette bemerker nemnda at man ikke kan ha fortrinnsrett til enkeltoppgaver som tilligger en stilling, se nemndas tidligere vedtak 104/19 og 84/22. Fortrinnsrett til del av en stilling innebærer at man kan ta en andel av stillingens størrelse hvis stillingen anses som en utvidelse av den faste stillingen og man er kvalifisert for alle oppgavene.

Er stillingen som kirketjener og byggteknisk ansvarlig en utvidelse av A sin faste stilling?

Det går fram av lovens ordlyd at fortrinnsretten gjelder «utvidet stilling». For at det skal være en utvidet stilling må stillingen ha «om lag samme arbeidsoppgaver» som den deltidsansatte allerede utfører i sin faste stilling. Dette står i forarbeidene til arbeidsmiljøloven § 14-3 (Innst. O. nr. 100 for 2004-2005 pkt. 17.2) og er fast praksis i nemnda.

Nemndas flertall

A er ansatt som kirketjener i 20 prosent stilling. Den utlyste stillingen er tillagt ansvar for ordinære kirketjeneroppgaver samt byggteknisk ansvar. A har ikke byggteknisk ansvar i sin nåværende stilling. Flertallet har kommet til at arbeidsoppgavene i de to stillingene ikke kan

anses som om lag de samme, slik forarbeidene til arbeidsmiljøloven forutsetter. Arbeidsgiver har oppgitt at det byggtekniske ansvaret utgjør en betydelig andel av den utlyste stillingen, og forskjellen mellom stillingene underbygges også av at den utlyste stillingen etterspør utdanning innen byggfag, helsefag, sosialfag eller pedagogiske fag. Flertallet har kommet til at stillingen som kirketjener og byggteknisk ansvarlig ikke har om lag samme arbeidsoppgaver som As faste stilling og dermed ikke er en utvidelse av denne.

Det er etter dette ikke nødvendig for flertallet å ta stilling til om A er kvalifisert for stillingen eller om det vil være til vesentlig ulempe for arbeidsgiver dersom han hadde fått fortrinnsrett til den utlyste stillingen.

Nemndas mindretall

Innledningsvis bemerker mindretallet at bestemmelsens formål om å bidra til å redusere uønsket deltid, tilsier en ikke for streng fortolkning av begrepet «om lag samme arbeidsoppgaver». Mindretallet har kommet til at stillingen som kirketjener og byggteknisk ansvarlig har om lag samme arbeidsoppgaver som A har i sin nåværende stilling. Ut fra sakens opplysninger legger mindretallet til grunn at hovedvekten av arbeidsoppgaver i den omtvistede stillingen er sammenfallende med oppgavene i As nåværende stilling. Mindretallet kan ikke se at arbeidsgivers opplysninger om at det byggtekniske ansvaret utgjør en betydelig del av stillingen er tilstrekkelig underbygget gjennom den fremlagte dokumentasjonen. Av stillingsannonsen fremgår det at byggteknisk kompetanse er ønskelig, men ikke et absolutt krav. A har for øvrig også utført noe byggearbeid i sin nåværende stilling.

Er A kvalifisert for stillingen som kirketjener og byggteknisk ansvarlig?

Mindretallet har kommet til at A er kvalifisert.

Mindretallet har lagt avgjørende vekt på at A har arbeidet som kirketjener i over 20 år, og at det går fram av utlysningsteksten at det formelle kvalifikasjonskravet kan fravikes ved spesielt langvarig og relevant erfaring. A har også fått gode tilbakemeldinger på sitt arbeid. En viss opplæring må arbeidsgiver også påregne ved ansettelse eller utvidelse av stillinger. Mindretallet viser videre til at han ble innstilt som nr. 2 til stillingen, noe som viser at arbeidsgiver har vurdert ham som godt nok kvalifisert. Etter nemndas praksis kan ikke fortrinnsrett avskjæres med den begrunnelse at en annen søker er mer kvalifisert eller har en mer attraktiv kompetanse. Tvert imot er det nettopp i slike tilfeller at fortrinnsretten skal sikre den deltidsansatte utvidet stilling. Arbeidsgiver åpnet for unntak fra formelle kvalifikasjoner hvis arbeidstaker hadde annen relevant utdanning og erfaring og må regne med litt opplæring ved tildeling av fortrinnsrett.

Ville innvilgelse av fortrinnsrett for A innebære vesentlige ulemper for B?

Mindretallet har kommet til at det ikke ville innebære vesentlige ulemper for B om A fikk fortrinnsrett til stillingen som kirketjener og byggteknisk ansvarlig.

Det må gjøres en konkret vurdering av om utøvelse av fortrinnsretten gir urimelig utslag for virksomheten. Kravet til at ulempene må være «vesentlige» betyr at det ikke er nok med en generell ulempe. I forarbeidene til arbeidsmiljøloven § 14-3 (Ot. prp. nr. 49 (2004-2005) pkt. 17.2.6) nevnes det noen eksempler på hva som kan være vesentlige ulemper. Det kan være

en ulempe å ikke få ansatt flere personer, eksempelvis for å unngå konflikt med arbeidstidsbestemmelser. Fortrinnsretten kan gi ulemper for andre arbeidstakere, som flere ubekvemme vakter eller færre personer å dele arbeidet på.

Det er arbeidsgiver som må sannsynliggjøre at innvilgelse av fortrinnsretten vil innebære vesentlige ulemper.

Mindretallet har kommet til at ulempene ved å gi A fortrinnsrett til den utlyste stillingen på 100 prosent ikke anses som vesentlige i denne saken. Med en slik løsning ville arbeidsgiver sitte igjen med en full stilling og en stilling på 20 prosent, de samme stillingsprosentene som tidligere. Som tidligere nevnt er også noe opplæring en påregnelig følge ved tildeling av fortrinnsrett. Mindretallet kan heller ikke se at arbeidsgiver i tilstrekkelig grad har sannsynliggjort at det vil medføre økte kostnader på grunn av innkjøp av byggetekniske tjenester.

En samlet nemnd bemerker avslutningsvis at det er uheldig at arbeidsgiver ikke har drøftet spørsmålet med arbeidstakeren slik arbeidsmiljøloven § 14-3 fjerde ledd krever.

Tvisteløsningsnemnda

Anne Marie Due
Leder

21. juni 2024