



Tvisteløsningsnemnda

Vedtaksdato
05.12.2023

Vår referanse
2023/170

Saksbehandler
Nina N. Hermansen

VEDTAK NR 129/23 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Sakens tema

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

Vedtak

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

Nemndas sammensetning

Anne Marie Due, leder

Ingrid Tordis Enoksen, UNIO, fast medlem arbeidstakersiden

Mona Mjøen McKiernan, Spekter, fast medlem arbeidsgiversiden

Sakens bakgrunn

A er fast ansatt som fagarbeider i stilling på 60 prosent i vaskeriet, B helsehus i B-kommune.

B-kommune lyste ut en stilling på 80 prosent som vaskerimedarbeider ved B helsehus, med søknadsfrist 25. mai 2023.

A søkte på stillingen og fremsatte krav om fortrinnsrett til deler av stillingen, slik at hun til sammen får 100 prosent stilling.

B-kommune avslo kravet i brev av 12. juli 2023 og begrunnet avslaget med at fortrinnsrett til en større del av stillingen ville medføre vesentlig ulempe for virksomheten. A fikk tilbud om 10 prosent av den utlyste stillingen.

Sakens dokumenter

A sendte saken til nemnda ved brev datert 4. august 2023.

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

A har sendt følgende til nemnda:

- brev av 4. august 2023
- brev av 7. september 2023
- brev av 17. oktober 2023
- brev av 7. november 2023

B-kommune har sendt følgende til nemnda:

- brev av 3. september 2023
- brev av 5. september 2023
- brev av 28. september 2023 – ber om utsatt svarfrist
- brev av 8. oktober 2023
- brev av 26. oktober 2023 – ber om utsatt svarfrist
- brev av 1. november 2023
- brev av 15. november 2023

Arbeidsgivers syn på saken

B-kommune hevder at A ikke kan få medhold i sitt krav fordi en annen kandidat har mer erfaring enn A og en innvilgelse av kravet vil medføre vesentlig ulempe for virksomheten.

Kvalifisert

Det var tre konkurrerende kandidater til stillingen. A har en 60 prosent stilling. En annen arbeidstaker har en 70 prosent stilling og en tredje arbeidstaker som fikk 50 prosent stilling. A fikk tilbud om 10 prosent stillingsutvidelse og den andre fikk utvidet stillingen med 20 prosent, fordi den personen hadde lengre ansiennitet i vaskeriet og mer erfaring enn A. Arbeidsgiver har også lagt vekt på at A tidligere har vært en del sykemeldt og hatt utfordringer med å fylle 60 prosent stilling. Arbeidsgiver mente derfor at 10 prosent utvidelse var rimelig ut ifra As personlige forutsetninger. Selv om A er formelt kvalifisert for stillingen, hevder arbeidsgiver at den andre er bedre kvalifisert. Det er opp til arbeidsgiver å vurdere hvordan de velger å fordele prosenten.

Arbeidsgiver er enig i at A er faglig kvalifisert for stillingen, men hevder hun ikke er personlig skikket til 100 prosent stilling.

Vesentlig ulempe

Dersom A skulle ha fått utvidet sin stilling med 40 prosent, hadde arbeidsgiver blitt sittende igjen med en reststilling på 10 prosent som det ville være vanskelig å rekruttere kvalifiserte søkere til. Hvis A skulle fått utvidet stilling til 100 prosent fremfor å ansette en i 50 prosent stilling, hadde ikke organiseringen av vaskeriet blitt optimal. Stillingene må ha en viss størrelse for at de ansatte skal få kontinuitet i arbeidet sitt, og for at de skal få god kjennskap til rutiner og prosedyrer for å kunne ivareta smittevern, sikkerhet og effektivitet. Virksomheten ville også fått flere deltidsansatte i lavere stillingsprosent.

Arbeidstakers syn på saken

A hevder at hun har fortrinnsrett til deler av stillingen som vaskerimedarbeider fordi hun er kvalifisert og fordi det ikke vil medføre vesentlig ulempe for virksomheten.

Kvalifisert

A har ansiennitet i kommunen fra 17. september 2010. Den andre arbeidstakeren som fikk utvidet stilling har ansiennitet fra 2017. Den tredje som fikk en del av stillingen var ikke fast ansatt fra før. Når det gjelder erfaring er alle kandidatene ansatt i vaskeriet og har tilstrekkelig erfaring i forhold til det som står i utlysningsteksten. I tillegg har A formell utdanning innen helse.

A ble omplassert fra en stilling i pleiesektoren med turnus/nattarbeid til en stilling i vaskeriet med dagarbeid i 2022. Hun har utført arbeidet uten anmerkning fra leder, tar på seg ekstravakter og har lite sykefravær. Det er urimelig at arbeidsgiver uttaler seg om As tidligere personlige utfordringer i vurderingen av arbeidsprestasjonen i nåværende stilling.

Vesentlig ulempe

A hevder at en stillingsutvidelse vil være en fordel for arbeidsgiver og ikke en ulempe. Ved å øke As stilling til 100 prosent vil arbeidsgiver ha en ansatt som er til stede hver dag, noe som bidrar til mer kontinuitet og faglig kompetanse. Det vil ivareta smittevern, sikkerhet og effektivitet for de ansatte og tjenesten. A hevder at stillingen kunne vært delt slik: 40 prosent til A, 20 prosent til den andre faste ansatte og 20 prosent til den nye ansatte.

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.

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 er uenige om arbeidsgiver lovlig har ansatt en annen søker og om fortrinnsrett til deler av stillingen vil medføre vesentlig ulempe for virksomheten.

Nemndas begrunnelse

Nemnda har enstemmig kommet til at ansettelsen av en ekstern søker var i strid med A sin fortrinnsrett etter arbeidsmiljøloven § 14-3.

Nemnda har gjort disse vurderingene:

Har arbeidsgiver ansatt en annen arbeidstaker med fortrinnsrett?

Loven har ingen regler om hvem arbeidsgiver skal velge når det er flere deltidsansatte som har fortrinnsrett. Hvis arbeidstakeren som fikk stillingen hadde fortrinnsrett kan nemnda derfor ikke bestemme hvem arbeidsgiver skal velge. Dette er fast praksis i nemnda, se blant annet vedtak 76/22 og 9/22.

A fikk 10 prosent av den utlyste stillingen og en annen intern søker fikk 20 prosent. Det er ikke omtvistet at den interne søkeren som fikk 20 prosent av stillingen var fast ansatt og hadde fortrinnsrett etter arbeidsmiljøloven § 14-3. Det er opp til arbeidsgiver å prioritere mellom flere fortrinnsberettigede.

Problemstillingen for nemnda blir om A har fortrinnsrett til deler av 50 prosent stillingen som en ekstern søker ble ansatt i. Arbeidsgiver anfører først at A ikke er kvalifisert/personlig egnet for større stilling enn 70 prosent.

Er A kvalifisert for 100 prosent stilling?

Nemnda har kommet til at A 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.

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.

Arbeidsgiver anfører at A ikke er kvalifisert til 100 prosent stilling på grunn av sykehistorikken hennes. A har vist manglende stabilitet og pliktoppfyllelse i arbeidet og hun har utfordringer med å stå i den stillingsprosenten hun har.

Selv om det ikke kan utelukkes at helseproblemer i spesielle tilfeller kan medføre at en arbeidstaker ikke anses kvalifisert for stillingsutvidelsen, skal det mye til. Slik denne saken er opplyst, har nemnda kommet til at det ikke er grunnlag for å legge til grunn at As sykefravær diskvalifiserer henne fra å gjøre fortrinnsrett gjeldende som deltidsansatt. Nemnda kan ikke

se at arbeidsgiver har sannsynliggjort at A ikke kan arbeide i en 100 prosent stilling selv om hun har hatt utfordringer med å stå i en annen stilling i kommunen. Nemnda kan ikke se at det er tilstrekkelig dokumentert at A ikke klarer å fylle sin nåværende stilling i vaskeriet. Det er imidlertid opplyst at hun tar på seg ekstravakter og arbeider mer enn sin nåværende stillingsprosent. Nemnda har derfor kommet til at A ikke kan nektes fortrinnsrett til deler av den utlyste stillingen med den begrunnelse som arbeidsgiver gir om egnethet.

Det avgjørende for nemnda blir etter dette om utøvelse av fortrinnsretten vil medføre vesentlig ulempe for virksomheten, jf. § 14-3 andre ledd.

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

Nemnda har kommet til at det ikke ville innebære vesentlige ulemper for B-kommune om A fikk fortrinnsrett til 40 prosent av den utlyste stillingen.

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 arbeidstidsbestemmelsene. 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.

Fortrinnsretten kan etter ordlyden også gjelde en del av en stilling. I tilfeller hvor fortrinnsretten gjelder en del av en stilling nevner forarbeidene (Prop. 57 L (2017-2018) punkt 7.3) noen eksempler på hva som kan være vesentlige ulemper. Det kan være problemer med å rekruttere kvalifiserte søkere til resten av en stilling eller at antallet deltidsansatte øker.

Utgangspunktet er at oppdeling av en stilling i seg selv er en ulempe for arbeidsgiver, og at det stilles relativt små krav til konkretisering av negative virkninger for at nemnda skal anse dem som vesentlige i lovens forstand. Alle ulempene må vurderes samlet og konkret i den enkelte sak.

Nemnda har kommet til at ulempene ved å gi A fortrinnsrett til 40 prosent av den utlyste stillingen ikke anses som vesentlige i denne saken. Ved å utvide As stilling ville arbeidsgiver sitte igjen med en full stilling og en liten reststilling, fremfor to deltidsstillinger. En slik oppdeling vil dermed redusere antallet deltidsansatte, noe som er midt i kjerneområdet for bestemmelsen. Dette kan derfor ikke i seg selv anses som en vesentlig ulempe. Nemnda har også lagt vekt på at arbeidsgiver ikke har dokumentert at de har forsøkt å rekruttere til reststillingen uten hell.

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

Nemndas konklusjon

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

Tvisteløsningsnemnda

Anne Marie Due
Leder

5. desember 2023