



Vedtaksdato
17. november 2020

Vår referanse
2020/138

Saksbehandler
Trine Elisabeth Selnes

VEDTAK NR 152/20 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Tvisteløsningsnemnda avholdt møte torsdag 5. november 2020.

Ved behandlingen av saken var Tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Anne Marie Due, leder
Silje Hassellund Solberg, LO
Silje Stadheim Almestrand, NHO

Særskilt oppnevnte medlemmer

Hege Torvbråten, KS
Per Egil Johansen, 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 bibliotekar i stilling på 80 prosent i B kommune.

A gjorde det kjent for arbeidsgiver i februar 2020 at han ønsket å utvide sin stilling til 100 prosent. Den 25. mai 2020 ble det gjennomført et drøftelsesmøte mellom arbeidstaker og arbeidsgiver hvor de diskuterte As mulighet for utvidelse av stilling i forbindelse med at B kommune planla å lyse ut en stilling som bibliotekar.

B kommune lyste ut den aktuelle bibliotekarstillingen med en stillingsprosent på 80 prosent. Søknadsfristen ble satt til 4. juni 2020. A søkte ikke formelt på denne.

Arbeidsgiver avsto As krav om fortrinnsrett i brev datert 18. juni 2020. Brevet ble sendt 24. juni 2020. Avslaget ble begrunnet med at arbeidstaker ikke hadde de rette kvalifikasjonene for å utføre stillingen. Videre ble det vist til at det ville innebærer en vesentlig ulempe for arbeidsgiver å utvide As stilling.

A fremmet saken for Tvisteløsningsnemnda 17. juli 2020.

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidstaker:

- brev datert 17. juli 2020
- brev datert 14. september 2020
- brev datert 22. oktober 2020

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev datert 21. august 2020
- brev datert 30. september 2020
- brev datert 20. oktober 2020

Arbeidstakers anførsler

A anfører i det vesentligste at han er kvalifisert for den omtvistede stillingen og at han i dag utfører om lag de samme arbeidsoppgavene som er tillagt den omtvistede stillingen. Han anfører også at arbeidsgiver ikke har underbygget i tilstrekkelig grad at det innebærer en vesentlig ulempe å innvilge fortrinnsrett i dette tilfellet.

Arbeidsgivers anførsler

B kommune anfører i det vesentligste at den omtvistede stillingens arbeidsoppgaver skiller seg vesentlig fra de oppgavene arbeidstakeren utfører i sin stilling.

Selv om A er formelt kvalifisert, så mangler han de personlige kvalifikasjonene som kreves for å utføre arbeid i den omtvistede stillingen. Det vises også til at arbeidsgiver har måttet tilpasse den stillingen han har i dag.

Arbeidsgiver mener at det er en vesentlig ulempe dersom arbeidstakeren får fortrinnsrett til det utlyste stillingen, da en blir sittende igjen med en lavere stillingsprosent som det vil være vanskelig å rekruttere til. Det ble vist til at alle kandidatene som ble intervjuet til den omtvistede stillingen, ga uttrykk for at 80 prosent egentlig ikke er en tilfredsstillende stillingsprosent, men at utlysningen og stillingsinnholdet var interessant nok til at de likevel søkte. Arbeidsgivers erfaring er også at det er høyere turnover i mindre deltidsstillinger. Dette er lite ønskelig i denne stillingen, som vil kreve en aktiv tilstedeværelse, nettverksbygging og kontinuitet i arbeidet mot brukergruppen.

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 leder 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). Fortrinnsretten gjelder også for del av en stilling. I denne saken har arbeidstaker krevd fortrinnsrett til 20 prosent av stillingen.

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 vil først ta stilling til om den omtvistede stillingen har om lag samme arbeidsoppgaver som A har i dag.

Nemnda har etter en konkret vurdering kommet til at de to stillingene har om lag samme arbeidsoppgaver. I vurderingen har nemnda lagt vekt på at begge stillingene krever høyere utdanning innen bibliotekar- og informasjonsvitenskap og omfatter oppgaver som naturlig tilligger en bibliotekarstilling. A har i dag arbeidsoppgaver innen samlingsutvikling, publikumsveiledning, formidlings- og arrangementsarbeid. Nemnda kan ikke se at det er vesentlige forskjeller i stillingenes arbeidsoppgaver ut ifra slik de er beskrevet.

Det er videre et vilkår for fortrinnsrett etter § 14-3 (1) at arbeidstaker er kvalifisert for stillingen. Ved vurderingen av om arbeidstaker er kvalifisert kan det, i henhold til lovens forarbeider, tas hensyn til både faglige og personlige forutsetninger. Dette følger også av nemndas praksis. Med personlige forutsetninger menes blant annet personlige egenskaper som har betydning for hvordan vedkommende kan utføre sine egne arbeidsoppgaver.

Partene er enige om at A er formelt kvalifisert for stillingen. Avgjørende for vurderingen er således om A ikke er kvalifisert på grunn av manglende personlig egnethet. Etter en konkret vurdering har nemnda kommet til at arbeidsgiver ikke har sannsynliggjort at A ikke er

kvalifisert for stillingen på grunn av manglende personlig egnethet. I vurderingen har nemnda lagt vekt på at A jobber i en stilling som bibliotekar i dag, og at det først er i forbindelse med kravet om fortrinnsrett at mangler ved hans arbeidsutførelse er tatt opp med ham. Det er også i forbindelse med denne prosessen at tilbakemeldinger knyttet til personlige egenskaper er dokumentert skriftlig.

A anses derfor som kvalifisert for den utlyste stillingen.

Det avgjørende for nemnda blir etter dette om utøvelse av fortrinnsretten vil medføre vesentlig ulempe for virksomheten, jf. § 14-3 (2).

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.»

Virkningen 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.

Nemnda har kommet til at arbeidsgiver ikke har sannsynliggjort at en innvilgelse av fortrinnsrett for A vil medføre vesentlig ulempe for virksomheten. Arbeidsgiver har anført at det er en vesentlig ulempe da en blir sittende igjen med en lavere stillingsprosent som det vil være vanskelig å rekruttere til. Nemnda kan imidlertid ikke se at arbeidsgiver har underbygget dette i tilstrekkelig grad utover å vise til at kandidatene som ble intervjuet til

den omtvistede stillingen, ga uttrykk for at 80 prosent egentlig ikke er en tilfredsstillende stillingsprosent, men at utlysningen og stillingsinnholdet var interessant nok til at de likevel søkte. Det er ikke sannsynliggjort at dette ville slå annerledes ut dersom det ble lyst ut en stilling på 60 prosent. Utøvelse av fortrinnsrett innebærer således ikke en vesentlige ulemper for virksomheten.

Konklusjon

Arbeidsgivers avslag var i strid med As fortrinnsrett etter arbeidsmiljøloven § 14-3.

Tvisteløsningsnemnda

Anne Marie Due
Leder

17. november 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).