

Tvisteløsningsnemnda

etter arbeidsmiljøloven

Vedtaksdato: 17.11.2014

Ref. nr.: 14/79822

Saksbehandler: Arvid Magnar Sunde

VEDTAK NR 52/14 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Tvisteløsningsnemnda avholdt møte torsdag 13. november 2014

Ved behandlingen av saken var tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Henning Harborg, leder

Anne-Lise H. Rolland, oppnevnt etter forslag fra LO

Elisabeth Lea Strøm, oppnevnt etter forslag fra NHO

Særskilt oppnevnte medlemmer

Cecilie R. Sæther, KS

Hallfrid Kristoffersen, 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 B kommune i stilling på 50 prosent, med arbeidssted ved X ungdomsskole. For skoleåret 2014/2015 har hun en ekstra stillingsandel på 10 prosent. A er utdannet vernepleier og har fagbrev som omsorgsarbeider. For tiden er A i fødselspermisjon.

I april 2014 ble det utlyst en fast stilling på 80 prosent som miljøterapeut ved Z skole i B kommune. Skolen er en barneskole med klassetrinn 1-7. Av utlysningsteksten fremgikk følgende ønskede kvalifikasjoner for stillingen: 3-årig helse/sosialfaglig høgskoleutdanning, personlig egnethet samt erfaring fra arbeid med barn og ungdom.

A søkte på den utlyste stillingen og påberopte seg fortrinnsrett til utvidet stilling etter arbeidsmiljøloven § 14-3.

A var 15. mai 2014 til intervju. Etter intervjuet ble det innhentet referanse fra rektor ved X ungdomsskole, C. Etter forslag fra A selv ble det også innhentet referanse fra den forrige rektoren ved X ungdomsskole, V.

A ble 3. juni 2014 muntlig informert av arbeidsgiver om at hun ikke ble ansett som kvalifisert for stillingen. Hennes krav om fortrinnsrett ble derved avslått. A mottok skriftlig bekreftelse på avslaget ved brev av 10. juni 2014. En intern søker med 100 prosent fast stilling i B kommune ble ansatt i stillingen.

Saken ble brakt inn for tvisteløsningsnemnda av arbeidstakerorganisasjonen Delta v/ advokat ved brev av 30. juni 2014, poststemplett 1. juli 2014.

Overfor nemnda har begge parter fått anledning til å komme med utfyllende merknader i saken.

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidstaker v/ advokat:

- brev av 30. juni 2014
- brev av 12. august 2014
- brev av 4. september 2014

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev av 19. august 2014
- brev av 24. september 2014
- brev av 29. oktober 2014

Arbeidstakers anførsler

A anfører i det vesentligste:

A er kvalifisert for den omtvistede stillingen og oppfyller vilkårene for fortrinnsrett. A oppfyller de faglige kvalifikasjonskravene for stillingen ved at hun har utdanning som vernepleier og har erfaring fra arbeid med barn og ungdom. A har i flere år hatt fast stilling som miljøterapeut i B kommune. Kvalifikasjonskravene som er stilt til stillingen er identiske med de krav som ble stilt ved ansettelsen av A.

Sammenlikning av utlysningsteksten for den omtvistede stillingen og stillingsbeskrivelsen for As nåværende stilling viser at arbeidsoppgavene er de samme. Vilkår om at arbeidsoppgavene i nåværende og omtvistet stilling må være om lag de samme er derfor oppfylt.

Det er et vilkår for fortrinnsretten at arbeidstaker har de ferdigheter som normalt forutsettes for stillingen, jf. Ot. prp. 49 side 222-224 og side 329, og NOU 2004:5 side 335-338. Det er ikke et krav at arbeidstaker er best kvalifisert.

Arbeidsgiver har bevisbyrden for at arbeidstaker ikke er personlig egnet til stillingen. For at personlig egnethet skal kunne vektlegges må arbeidstakeren enten ha skapt store samarbeidsproblemer eller ha skapt et dårlig arbeidsmiljø, jf. Rt. 2003 side 1754. A har aldri mottatt negativ tilbakemelding fra arbeidsgiver på manglende initiativ, selvstendighet, tydelighet eller trygghet. Heller ikke har hun vært for lite oppsøkende overfor elever slik hun beskrives av arbeidsgiver i brev av 19. august 2014 til tvisteløsningsnemnda.

I forbindelse med søknaden oppga A fire referanser. Disse var hennes tidligere ledere i B kommune. Arbeidsgiver kontaktet ingen av disse. A har selv forsøkt å innhente dokumentasjon om sin personlige egnethet fra nåværende leder og en tidligere leder, men har fått tilbakemelding om at kommunen ikke lenger utarbeider attester og at det kun gis tjenestebevis. Nåværende leder har opplyst at han ikke er kontaktet for referansesjekk til den omtvistede stillingen. For tvisteløsningsnemnda fremlegges to attester fra 2011 fra to tidligere ledere.

På bakgrunn av fremlagte attester og tilbakemelding fra tidligere ledere kan advokaten ikke se at arbeidsgiver har oppfylt sin bevisbyrde for at A er personlig uegnet for den omtvistede stillingen.

Arbeidsgivers anførsler

B kommune anfører i det vesentligste:

Arbeidsoppgavene i den omtvistede stillingen er av miljøterapeutisk art. Stillingsbeskrivelsen for stillingen gjelder for alle miljøterapeutstillinger i kommunen. Den omtvistede stillingen er imidlertid rettet inn mot barneskoleelever og stillingen er nyopprettet. Fordi stillingen er nyopprettet ble initiativ og selvstendighet vurdert som svært viktige personlige kvalifikasjoner for stillingen.

Arbeidsgivers inntrykk fra intervjuet med A er at hun mangler kvalifikasjonene som arbeidsgiver vurderer som svært viktige for stillingen, nemlig initiativ og selvstendighet.

Etter forslag fra A selv i intervjuet ble det etter intervjuet innhentet referanse fra hennes tidligere arbeidsgiver ved X ungdomsskole, rektor V. Han arbeidet sammen med A i en lengre periode. V opplyste at han som arbeidsgiver hadde tatt opp initiativ og selvstendighet som forbedringsområder med A. Det ble også innhentet referanse fra nåværende rektor ved X ungdomsskole, C, som også vurderte det slik at initiativ og selvstendighet var forbedringsområder for A. Referanseinnhentingene underbygger således entydig arbeidsgivers inntrykk fra intervjuet med henne.

A ble på denne bakgrunn og etter en helhetsvurdering ikke vurdert som kvalifisert på grunnlag av manglende personlig egnethet og stillingens innhold.

Tvisteløsningsnemndas merknader

Tvist mellom arbeidsgiver og arbeidstaker om fortrinnsrett for deltidsansatte kan bringes inn for tvisteløsningsnemnda, jf. arbeidsmiljøloven § 17-2 første ledd og § 14-3 fjerde ledd.

Arbeidsmiljøloven § 14-3 første ledd 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 andre ledd. Det følger videre av forarbeidene til bestemmelsen (Innst. O. nr. 100 for 2004-2005 pkt. 17.2) at fortrinnsretten til utvidelse etter § 14-3 gjelder stillinger med «om lag de samme arbeidsoppgaver» som den deltidsansatte allerede utfører. Kravet om at stillingene skal ha om lag de samme oppgavene er utslag av et prinsipp om at fortrinnsretten gir krav på ”mer” av den stilling man allerede har og som man gjennom tidligere ansettelse har blitt vurdert til.

Selv om både As nåværende stilling og den omtvistede stillingen er miljøterapeutstillinger, finner ikke nemnda at stillingene er så like at fortrinnsrett kan gjøres gjeldende. Nemnda viser for det første til at As nåværende stilling er ved en ungdomsskole mens den omtvistede stillingen er ved en barneskole. Begge stillinger er i samme kommune og således formelt hos samme arbeidsgiver, men stillingene er ved forskjellige virksomheter med forskjellige brukere og behov. For det andre legger nemnda en viss vekt på at den omtvistede stillingen er nyopprettet ved barneskolen og at denne skolen ikke har hatt en slik rolle tidligere. Dette krever bestemte egenskaper hos innehaveren, og nemnda finner det rimelig at arbeidsgiveren skal kunne vurdere alle søkere til den nye stillingen og å ansette den som anses mest kvalifisert. Nemnda finner det lite rimelig at en søker i kraft av å ha arbeidet deltid skal kunne gjøre krav på nyetablerte eller spesielt attraktive stillinger til fordel for andre søkere som kan være vel så kvalifiserte og ha ventet vel så lenge på en slik mulighet, men har arbeidet fulltid. Fortrinnsrettens formål er å motvirke ufrivillig deltid, ikke å gi deltidsansatte fortrinn til nye eller spesielt attraktive stillinger.

Konklusjon

Arbeidstaker gis ikke medhold.

Tvisteløsningsnemnda

Henning Harborg
Leder

Oslo, 17.11.2014

Til orientering:

Tvister som nevnt i §§ 10-13, 12-14 og 14-3 kan bringes inn for domstolene etter at tvisteløsningsnemndas avgjørelse foreligger, jf. arbeidsmiljøloven § 17-2 andre 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 regnet fra det tidspunkt tvisteløsningsnemndas avgjørelse foreligger, jf. arbeidsmiljøloven § 17-2 tredje ledd.