



Tvisteløsningsnemnda

Vedtaksdato
30. august 2021

Vår referanse
2021/29

Saksbehandler
Trine Elisabeth Selnes/ Helene Nødset
Lang

VEDTAK NR 102/21 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Tvisteløsningsnemnda avholdt møte torsdag 26. august 2021.

Ved behandlingen av saken var Tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Anne Marie Due, leder
Silje Hassellund Solberg, LO
Mårten Brandsnes Faret, KS

Særskilt oppnevnte medlemmer

Joakim Zahl Fjell, Sola kommune
Beate Børsum, jordmor, Lillestrøm kommune

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 jordmor i stilling på 80 prosent i B kommune. Jordmortjenesten består av 10 personer inkludert leder og helsesekretær.

B kommune lyse ut en fast stilling på 80 prosent som jordmor med søknadsfrist 3. januar 2021.

A søkte på stillingen via webcruiter.no og opplyste om at hun ønsket å bruke sin fortrinnsrett etter arbeidsmiljøloven § 14-3 til å utvide sin stilling til 100 prosent.

A fikk i e-post av 12. januar 2021 melding om at hennes søknad ikke var med i vurderingen videre.

A sendte en e-post til arbeidsgiver 18. januar 2021 og ba om en begrunnelse for vurderingene som var gjort og viste til fortrinnsretten.

B kommune besvarte henvendelsen i brev datert 20. januar 2021 og opplyste at de har styringsrett til å avgjøre hva som er best for tjenesten som helhet og at jordmortjenesten var best tjent med å ansette en ny person i minimum 80 prosent stilling.

Saken ble brakt inn for Tvisteløsningsnemnda ved brev poststemplet 8. februar 2021.

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

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidstaker:

- brev datert 8. februar 2021
- e-post av 9. april 2021

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- e-post av 22. mars 2021
- brev datert 9. april 2021

Arbeidstakers anførsler

A anfører i det vesentligste at det ikke vil innebære en vesentlig ulempe for arbeidsgiver dersom hun får fortrinnsrett.

Det påpekes at arbeidsgiver ikke har gått i dialog med A før utlysning av stillingen, og at hun ikke engang ble innkalt til intervju. A mener arbeidsgiver hadde bestemt seg i forkant for ikke å ansette i lavere stilling enn 80 prosent.

Det anføres at 60 prosent stilling som jordmor ikke anses som en særlig lav stillingsprosent. Flere kommuner har lavere stillingsprosenter og har fått gode søkere. Det anføres videre at

arbeidsgiver ikke har dokumentert manglende søkere til lavere stillingsprosenter, eller at alle søkere har blitt spurt om dette.

Det anføres at jordmortjenesten ikke er et tilbud om øyeblikkelig hjelp, men at konsultasjonene planlegges og barselkontroller tas så raskt det lar seg gjøre. Ved uforutsette hendelser kan man sette timen til en annen jordmor.

Arbeidsgivers anførsler

B kommune anser A som kvalifisert for stillingen, men hevder det vil være en vesentlig ulempe å bli stående igjen med en stilling på 60 prosent. De anfører i det vesentligste:

En samlet vurdering tilsier at de er best tjent med å ansette i 80 prosent stilling. En stilling på 60 prosent vil ikke være tilstrekkelig for å være tilgjengelig for gravide kvinner og driften generelt. Erfaringen tilsier at tilstedeværelse 3 dager i uken er ugunstig. Det anføres også at tillitsvalgte har uttrykt at det ville være lite gunstig for tjenesten å lyse ut stilling på 60 prosent.

Kommunen mener det ville ha påvirket antallet kvalifiserte søkere hvis de hadde lyst ut en stilling på 60 prosent. Ingen av de eksterne søkerne ønsket 60 prosent stilling. Ved utlysning av vikariater på 80 prosent var det kun en kvalifisert søker til begge stillingene. Begge disse uttrykte at de ikke ville ha søkt en fast stilling hos kommunene om den hadde vært på 60 prosent.

Twisteløsningsnemndas merknader

Twist mellom arbeidsgiver og arbeidstaker om fortrinnsrett for deltidsansatte kan bringes inn for Twisteløsningsnemnda, jf. arbeidsmiljøloven § 17-2 første ledd og § 14-3 femte ledd. I henhold til forskrift om tvisteløsningsnemnd etter arbeidsmiljøloven § 2 settes nemnda med leder og to faste medlemmer. I tillegg er det oppnevnt to medlemmer med særlig kunnskap om bransjen som er berørt i saken (bransjemedlemmer).

Arbeidsmiljøloven § 14-3 første ledd fastsetter at deltidsansatte har fortrinnsrett til utvidet stilling fremfor at arbeidsgiver foretar ny ansettelse i virksomheten. Fortrinnsretten kan også gjelde en del av en stilling. 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 annet ledd. Ved vurderingen av om arbeidstaker er kvalifisert kan det, i henhold til lovens forarbeider, tas hensyn til både faglige og personlige forutsetninger.

Partene har ikke gjort gjeldende anførsler knyttet til kvalifikasjonskravet eller at kravet ikke anses som en utvidelse av As nåværende stilling som jordmor. Nemnda legger derfor til grunn at A er kvalifisert og at arbeidsoppgavene i den omtvistede stillingen er om lag de samme som i stillingen A har i dag.

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

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.»

Virkingen 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.

Twisteløsningsnemnda har kommet til at ulempene ved å gi A fortrinnsrett til 20 prosent av den utlyste stillingen på 80 prosent ikke anses som vesentlige i denne saken. Ved å utvide As stilling ville kommunen sitte igjen med en jordmor i full stilling og en jordmor i 60 prosent, fremfor to jordmødre i 80 prosent stillinger. En oppdeling av den utlyste stillingen vil dermed redusere antallet deltidsansatte i kommunen, noe som er midt i kjerneområdet for denne bestemmelsen. Nemnda finner det ikke sannsynliggjort at kommunen ikke ville fått ansatt en kvalifisert søker i en fast stilling på 60 prosent, selv om noen søkere har bemerket dette i et intervju. Det er ikke gjort konkrete forsøk på å lyse ut en slik stilling. De øvrige ulempene ved å ha en jordmor i 60 prosent, anser nemnda vil veies opp av fordelene ved å ha en jordmor i full stilling, som vil være disponibel alle dager. Nemnda har etter dette kommet til at A hadde fortrinnsrett til 20 prosent av den utlyste stillingen på 80 prosent.

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

Konklusjon

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

Tvisteløsningsnemnda

Anne Marie Due
Leder

30. august 2021

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 annet 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 fra det tidspunktet parten ble underrettet om nemndas avgjørelse, jf. arbeidsmiljøloven § 17-2 tredje ledd.

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 fjerde ledd.