



Vedtaksdato
06. desember 2019

Vår referanse
2019/26520

Saksbehandler
Maria Schilvold

VEDTAK NR 161/19 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Tvisteløsningsnemnda avholdt møte torsdag 5. desember 2019.

Ved behandlingen av saken var Tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Steffen G. Rogstad, nestleder
Silje Hassellund Solberg, LO
Marianne Pedersen, Virke

Særskilt oppnevnte medlemmer

Ingrid Tordis Enoksen, NSF
Hege Torvbråten, KS

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 helsesykepleier i stilling på 80 prosent ved X i B kommune. Hun jobber for tiden tre og en halv dag i uken ved B ungdomsskule og én dag i uken ved B gymnas. I tillegg jobber hun ved Y én ettermiddag hver tredje uke i gjennomsnitt. Hun følger en såkalt «skoleturnus», som innebærer at hun jobber noen ekstra timer hver uke utover stillingen på 80 prosent, som senere avspaseres i samsvar med skoleruten.

Den 28. mai 2019 ble det lyst ut to faste stillinger som helsesykepleier ved X i B kommune. Den ene av de utlyste stillingene var på 80 prosent og skulle være tilknyttet helsestasjon og skolehelsetjeneste i barneskolen, og den andre var på 30 prosent og skulle bare være tilknyttet helsestasjon. Søknadsfrist for stillingene var 11. juni 2019. A søkte på deler av stillingene den 29. mai 2019, og skrev at hun ønsket å øke sin stilling med 10 prosent, slik at hun jobbet 90 prosent i skoleturnus.

Underveis i ansettelsesprosessen ble det på grunn av en oppsigelse også ledig en fast stilling som helsesykepleier på 80 prosent ved X tilknyttet helsestasjon. Denne stillingen ble ikke lyst ut, men ble i stedet innlemmet i den pågående ansettelsesprosessen etter samtykke fra hovedtillitsvalgt.

As søknad ble avslått av arbeidsgiver i brev datert 10. juli 2019, sendt til hennes jobb-e-post den 11. juli 2019. På grunn av at A avvirket ferie i denne perioden, hadde hun ikke tilgang til å lese e-posten før den 8. august 2019. Det ble ikke gitt noen begrunnelse for avslaget i selve avslagsbrevet, men av innstillingen datert 18. juni 2019 fremkommer at økning av interne søkeres stillinger ville føre til en skjev fordeling av ressurser og derfor ble vurdert som «ei stor ulempe for eininga, særleg inn mot kommunesammenslåinga».

I begge 80-prosentstillingene ble det ansatt eksterne søkere, mens 20 prosent av stillingen på 30 prosent ble tilbudt en intern søker, som fikk økt sin stilling fra 80 til 100 prosent. Det gjenstår 10 prosent som ikke er besatt, da kommunen ønsker å vente med å ansette i disse prosentene til de har fått bedre oversikt over utfordringer i de ulike tjenesteområder etter kommunesammenslåingen 1. januar 2020.

Saken ble brakt inn for Tvisteløsningsnemnda ved e-post av 3. september 2019. Overfor nemnda har begge parter fått anledning til å komme med utfyllende merknader i saken.

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidstaker:

- e-post av 3. september 2019, med vedlegg
- brev datert 14. oktober 2019, med vedlegg
- e-post av 7. november 2019

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev datert 30. september 2019, med vedlegg
- brev datert 30. oktober 2019, med vedlegg

Arbeidstakers anførsler

A mener hun har fortrinnsrett til utvidet stilling, og anfører i det vesentligste at det ikke vil medføre vesentlig ulempe for virksomheten, da hun er fleksibel når det gjelder arbeidssted. A anfører at hun kun har foreslått en løsning for hvordan stillingsutvidelsen kunne gjennomføres, og at dette forslaget ikke var avgjørende for hennes interesse i økt stilling.

Arbeidsgivers anførsler

B kommune mener at A ikke har krav på utvidet stilling, da dette vil medføre vesentlige ulemper for kommunen. De viser til at en utvidelse på 10 prosent for A slik foreslått vil bety at kommunen må flytte ressurser fra ett tjenesteområde til et annet, henholdsvis fra tjenesteområdene helsestasjon eller skolehelsetjeneste i barneskolen til tjenesteområdet ungdomshelsetjeneste.

Videre anfører kommunen at det ikke er anledning til å gjøre krav på å tre inn i deler av en utlyst stilling, og viser til Høyesteretts avgjørelse i HR-2016-00867-A.

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). Frist for å bringe saken inn for Tvisteløsningsnemnda er fire uker etter at arbeidsgivers skriftlige avslag er kommet frem til arbeidstaker, jf. arbeidsmiljøloven § 17-2 a (1). I henhold til forskrift om tvisteløsningsnemnd etter arbeidsmiljøloven § 2 settes nemnda med nestleder og to faste medlemmer. I tillegg er det oppnevnt ytterligere to medlemmer med særlig kunnskap om den bransjen som er berørt i saken (bransjemedlemmer).

Slik saken er opplyst, legger nemnda til grunn at A mottok endelig avslag den 8. august 2019, da hun på grunn av ferieavvikling ikke hadde tilgang til sin jobb-e-post før denne datoen. Saken ble fremmet for Tvisteløsningsnemnda ved e-post av 3. september 2019, og anses dermed som rettidig innbrakt.

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).

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.

Det er i foreliggende sak ikke bestridt at de omtvistede stillingene og A nåværende stilling har om lag de samme arbeidsoppgaver eller at A er kvalifisert for stillingene. Uenigheten mellom partene gjelder hvorvidt en utvidelse av A stilling med 10 prosent vil medføre vesentlig ulempe for virksomheten.

B kommune har anført at det ikke er anledning til å gjøre krav på å tre inn i deler av en utlyst stilling, og vist til Høyesteretts dom av 25. april 2016 (HR-2016-00867-A). Til dette vil nemnda bemerke at det etter endring av arbeidsmiljøloven § 14-3 fra og med 1. januar 2019 likevel er fastsatt at fortrinnsretten også kan gjelde del av stilling, se § 14-3 (1) annet punktum. Departementet har i forarbeidene følgende merknader til endringene av 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, og det kan således åpnes for unntak fra hovedregelen. På bakgrunn av forarbeidene må utgangspunktet 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.

A er fast ansatt i en stilling på 80 prosent og har fremsatt krav om fortrinnsrett til en del av en utlyst stilling på 10 prosent, slik at hun til sammen vil få en stillingsprosent på 90. Det avgjørende for nemnda blir etter dette om utøvelse av fortrinnsrett til 10 prosent av de omtvistede stillingene medfører vesentlig ulempe for virksomheten, jf. § 14-3 (2).

Det fremgår av sakens opplysninger at 20 prosent av stillingen på 30 prosent ble besatt av en intern søker som hadde fortrinnsrett etter § 14-3 og fikk økt stillingsprosent fra 80 til 100. Regelen gir ingen veiledning om hvordan arbeidsgiver skal prioritere mellom flere ansatte med fortrinnsrett. Stillingsøkningen til den interne søkeren er derfor ikke i strid med fortrinnsretten, jf. nemndas praksis iblant annet vedtak 31/19, 11/19, 9/18 og 210/17. Spørsmålet blir dermed om A hadde fortrinnsrett til deler av de to 80-prosentstillingene.

Nemnda har etter en konkret vurdering kommet til at det ikke er tilstrekkelig sannsynliggjort fra arbeidsgivers side at en utvidelse av A stilling med 10 prosent vil medføre vesentlig ulempe for virksomheten. Nemnda har i vurderingen lagt vekt på at kommunens begrunnelse er generell, og at det ikke synes å ha blitt vurdert om stillingsutvidelsen kunne ha vært gjennomført på andre måter enn det som ble foreslått av A, eksempelvis utvidelse gjennom jobb ved helsestasjon eller skolehelsetjeneste i barneskole. Nemnda legger til grunn at det da ikke vil være nødvendig å flytte ressurser fra ett tjenesteområde til et annet. Videre har nemnda lagt vekt på at A kun har krevd fortrinnsrett til 10 prosent, slik at det ikke vil være tilfellet at arbeidsgiver vil havne i situasjonen beskrevet i forarbeidene om å sitte igjen med en reststilling det vil være vanskelig å rekruttere til. Det vil heller ikke innebære at virksomheten får flere deltidsansatte, ettersom de omtvistede stillingene også er deltidsstillinger. Nemnda har etter dette kommet til at ansettelsen av to eksterne søkere i 80-prosentstillinger var i strid med A fortrinnsrett etter § 14-3 (1).

Nemnda registrerer at A mener seg berettiget til erstatning for tapt arbeidsinntekt i medhold av arbeidsmiljøloven § 14-4 (2). Til dette vil nemnda bemerke at det ligger utenfor dens kompetanse å tilkjenne erstatning, og at sak om erstatning må reises for domstolene.

Avslutningsvis vil nemnda bemerke at det er uheldig at arbeidsgiver ikke har gjennomført drøftinger i henhold til arbeidsmiljøloven § 14-3 (3).

Konklusjon

Ansettelse av to eksterne søkere i stillingene på 80 prosent var i strid med A fortrinnsrett etter § 14-3.

Tvisteløsningsnemnda

Steffen G. Rogstad
Nestleder

6. desember 2019

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).