



Vedtaksdato
7. februar 2020

Vår referanse
2019/26470

Saksbehandler
Nina N. Hermansen

VEDTAK NR. 18/20 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Tvisteløsningsnemnda møte avholdt torsdag 23. januar 2020.

Ved behandlingen av saken var Tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Anne Marie Due, leder
Vetle Wetlesen Rasmussen, YS
Mårten Brandsnes Faret, KS

Særskilt oppnevnte medlemmer

Hege Torvbråten, KS
Hilde Løkholm, Fagforbundet

Saken gjelder

Tvist om fortrinnsrett for deltidsansatte etter arbeidsmiljøloven § 14-3

Arbeidstaker

A

Arbeidsgiver

B

Det ble truffet slikt vedtak:

Saksforhold

A er fast ansatt som miljøarbeider i nattevaktstilling på 56 prosent hos B.

Det ble utlyst 5 stillinger som helsefagarbeider/ufaglært i 100 prosent stilling i medlevertturnus ved C, med søknadsfrist 27. mars 2019.

Videre ble det utlyst 10 stillinger som miljøterapeut med høyskoleutdanning i 100 prosent stilling, med søknadsfrist 27. mars 2019.

Den 22. mars 2019 søkte A på 100 prosent stilling som miljøarbeider i medlevertturnus.

A ble innkalt til intervju/samtale og fikk beskjed om at han ikke var kvalifisert til de utlyste stillingene.

Senere ble det utlyst 6 stillinger som nattevakt i 50 prosent ved C, med søknadsfrist 30. mai 2019. Det ble stilt krav om relevant høyskole utdanning for tre av stillingene, mens det ble stilt krav om bakgrunn som helsefagarbeider eller ufaglært for de tre øvrige stillingene.

Endelig ble det utlyst stillinger som miljøterapeut, miljøarbeider i medlevertturnus og nattevakt med kompetanse innen rus/psykiatri ved C, med søknadsfrist 10. juni 2019.

Den 27. mai 2019 fremsatte A to søknader, en på stilling som nattevakt og en på stilling som miljøterapeut, miljøarbeider og nattevakt.

Kravet ble avslått av arbeidsgiver i e-post av 3. juni 2019. Avslaget ble begrunnet med at A ikke var kvalifisert for stilling i medlevertturnus.

Saken ble brakt inn for Tvisteløsningsnemnda ved brev poststemplet 28. juni 2019. Overfor nemnda har begge parter fått anledning til å komme med utfyllende merknader i saken.

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidstaker:

- brev poststemplet 28. juni 2019
- brev datert 15. november 2019
- e-post av 13. januar 2020 med vedlegg
- e-post av 21. januar 2020

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- e-post av 27. oktober 2019
- e-post av 1. november 2019 med vedlegg
- e-post av 27. november 2019
- brev datert 26. november 2019
- e-post av 12. desember 2019 med vedlegg
- e-post av 17. januar 2020 med vedlegg
- e-post av 17. januar 2020

- e-post av 20. januar 2020 med vedlegg
- e-post av 22. januar 2020 med vedlegg

Arbeidstakers anførsler

A anfører i det vesentligste at han har fortrinnsrett til utvidet stilling. Arbeidstaker har gjentatte ganger søkt på stillinger og uttrykt at han ønsker utvidet stilling, uten at han har fått svar fra arbeidsgiver. Arbeidstaker anfører at han er kvalifisert for utvidet stilling. Han hevder også at det ikke er stilt samme formelle krav til utdanning til stillingen som miljøarbeider som det er stilt til stillingen som miljøterapeut. Det er ikke et krav om 3-årig høyskole/universitetsutdanning til miljøarbeiderstillingen. A ønsker fortrinnsvis utvidet stilling til 100 prosent i medlevertturnus, eventuelt utvidet stilling på natt. Det er ansatt flere som ikke oppfyller kravene om et visst antall års erfaring. A oppfyller kravet til erfaring, da han har arbeidet på tilsvarende område i X. Han har også erfaring med arbeid i bolig for mindreårige asylsøkere.

Arbeidsgivers anførsler

B anfører i det vesentligste at arbeidstaker ikke er kvalifisert for medlevertturnus ettersom han ikke har relevant erfaring. Ved oppstart av avdelingen i Y var kravet fra Y kommune at 60 til 75 prosent av stillingene skulle besettes med arbeidstakere som hadde en bachelor i helse og sosialfag eller annen relevant utdanning, i tillegg til relevant erfaring på 3 til 5 år. Det har blitt ansatt en ekstern søker med 10 års relevant erfaring ettersom ingen interne deltidsansatte ble ansett kvalifisert for stillingene.

Kompetansefordelingen på de to brukerne skal være at 75 prosent av de ansatte i medlevertturnus har 3-årig helse og sosialfaglig bakgrunn for den ene brukeren og for den andre brukeren skal 60 prosent av de ansatte i medlevertturnus ha 3-årig helse- og sosialfaglig bakgrunn. Hvert team skal i tillegg ha en vernepleier. Videre skal de som ansettes ha minimum 3 års erfaring fra arbeid med psykiske lidelser. A har ikke levert attester som viser at han har relevant arbeidserfaring.

Arbeidsgiver kan ikke se at A har søkt om utvidet nattevaktstilling, og har dermed ikke vurdert krav om det.

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 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).

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). Ved vurderingen av om arbeidstaker er

kvalifisert kan det, i henhold til lovens forarbeider, tas hensyn til både faglige og personlige forutsetninger.

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 første spørsmålet nemnda må ta stilling til er om de utlyste stillingene kan anses å inneha om lag de samme arbeidsoppgaver som A har i sin nåværende stilling.

Vedrørende fortrinnsrett til miljøterapeut/miljøarbeider i medlevertturnus

A er fast ansatt som miljøarbeider i nattevaktstilling på 56 prosent og har søkt om utvidet stilling som miljøterapeut/miljøarbeider i medlevertturnus. Slik saken er opplyst, legger nemnda til grunn at stillingen som nattevakt og stillingen som miljøarbeider/miljøterapeut i medlevertturnus ikke har om lag samme arbeidsoppgaver. A er ansatt som miljøarbeider i nattevaktstilling med arbeidsoppgaver som innebærer å opprettholde søvn og bistå brukerne ved oppvåkninger og skrive rapporter. I medlevertturnus er det flere arbeidsoppgaver som A ikke utfører i sin nåværende stilling, herunder planlegge aktiviteter og gjøremål, delta i møter med spesialisthelsetjenesten og andre instanser, veilede brukere og følge opp behandlingsplan. Videre er det også ulike kompetansekrav for stillingen som miljøterapeut i medlevertturnus og nattevakt. For miljøterapeutstilling er det krav om 3-årig høyskoleutdanning, noe det ikke er for nattevaktstillingen.

Nemnda har etter dette kommet frem til at arbeidsoppgavene i de utlyste stillingene som miljøterapeut/miljøarbeider i medlevertturnus og i As nåværende stilling ikke kan sies å være om lag de samme, og dermed ikke kan betraktes som en utvidelse av hans eksisterende stilling. Arbeidstaker har etter dette ikke fortrinnsrett etter arbeidsmiljøloven § 14-3 og kan derfor ikke få medhold i sitt krav om fortrinnsrett til miljøterapeut/miljøarbeider i medlevertturnus.

Det er etter dette ikke nødvendig for nemnda å ta stilling til om A var kvalifisert for stillingen som miljøterapeut/miljøarbeider i medlevertturnus, eller hvorvidt det vil være til vesentlig ulempe for arbeidsgiver dersom A får fortrinnsrett til de omtvistede stillingene.

Vedrørende krav om fortrinnsrett til nattevaktstilling

Det følger av arbeidsmiljøloven § 14-3 (1) andre punktum at fortrinnsretten også kan gjelde en del av en stilling. A er fast ansatt i en stilling på 56 prosent og har fremsatt krav om fortrinnsrett til del av utlyst stilling som nattevakt, slik at han til sammen får en stillingsprosent på 100.

Det er uklart hvorvidt arbeidsgiver anfører at A ikke er kvalifisert for stillingen som nattevakt. Nemnda har imidlertid ikke grunnlag for å konkludere med at A ikke er kvalifisert for stillingen. Det legges også til grunn at den utlyste stillingen som nattevakt har om lag samme oppgaver som A utfører i sin nåværende stilling.

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, 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.

Nemnda har etter en konkret vurdering ikke funnet det sannsynliggjort at en utvidelse av As stilling med 44 prosent vil utgjøre en vesentlig ulempe for virksomheten. Arbeidsgiver har ikke fremlagt noen opplysninger som dokumenterer vesentlig ulempe ved å innvilge fortrinnsrett for arbeidstaker.

Etter dette har A fortrinnsrett til den omtvistede nattevaktstillingen, og ansettelse av eksterne søkere var dermed i strid med arbeidstakers fortrinnsrett.

Konklusjon

Ansettelsene av eksterne søkere i nattevaktstillinger var i strid med A sin fortrinnsrett etter arbeidsmiljøloven § 14-3.

Tvisteløsningsnemnda

Anne Marie Due
Leder

7. februar 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).