

VEDTAK NR 19/15 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Tvisteløsningsnemnda avholdt møte torsdag 19. mars 2015.

Ved behandlingen av saken var tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Anne Marie Due (vara for Henning Harborg), leder
Silje Hassellund Solberg, LO
Silje Stadheim Almestrand (vara for Elisabeth Lea Strøm), NHO

Særskilt oppnevnte medlemmer

Mårten Brandsnes Faret, KS
Marianne Pedersen, Norsk lektorlag

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 kulturskolelærer i 78,6 prosent stilling (45,6 +33 prosent) ved Kulturskolen i B. Hun underviser elever i piano, en til en og i grupper.

I forbindelse med utarbeidelse av arbeidsplaner for 2014-2015 fikk A utlevert en arbeidsplan den 22. april 2014 med 83,6 prosent stilling. Dette var en økning på 5 prosent. Det ble opplyst at det var ytterligere en stilling som ikke var endelig avklart, og A oppfattet dette som at hun muligens ville få ytterligere utvidelse til høsten.

Den 28. april 2014 sendte A attester fra fastlege og psykolog hvor de anbefalte arbeidsgiver å tilrettelegge arbeidssituasjonen slik at A skulle slippe å bruke sykemelding i forbindelse med prosjektarbeid, prosjektuker og utøvende uker. Det var en dialog mellom arbeidsgiver og arbeidstaker om dette, men arbeidsgiver mente ikke det er mulig å tilrettelegge.

Den 5. mai 2014 ble det lyst ut en fast 34 prosent stilling som klaverpedagog fra 1. august 2014. Rektor opplyste at hennes utvidelse med 5 prosent var en del av stillingen på 34 prosent. A søkte på stillingen samme dag. Hun søkte om utvidelse med 21,3 prosent for å få full stilling. Den 30. mai 2014 fikk A opplyst fra en kollega at vedkommende hadde fått utvidet sin stilling med 24 prosent.

Det var tre søkere til stillingen. Tilsettingsutvalget fattet vedtak i tilsettingssaken 14. mai 2014. To deltidsansatte i faste stillinger ble tilsatt i deler av stillingen:

- Søker nummer en var A
- Søker nummer to hadde 75 prosent stilling som faglærer med utdanning innen fiolin, faglærer og utdanning innen piano og akkompagnatør piano. Hun fikk økt sin stilling med 12 prosent.
- Søker nummer tre hadde stilling på 10 prosent i pianoakkompagnement og er også kvalifisert som pianolærer. Hun fikk økt stillingen sin med 24 prosent.

Arbeidsgiver opplyser at kvalifikasjonskravene i den omtvistede stillingen og As stilling var like.

Saken ble brakt inn for tvisteløsningsnemnda av Utdanningsforbundet C på vegne av A, ved brev av 20. juni 2014.

I juli 2014 ble det ledig et engasjement/vikariat på 100 prosent. Søker nummer 3 fikk tildelt 66 prosent av dette. Resten ble lyst ut eksternt. A tok kontakt med arbeidsgiver vedrørende denne stillingen, og fikk svar i e-post av 6. juli 2014 at ingen ble ansett som kvalifisert for stillingen og at de derfor lyste den ut eksternt. Det er ikke tilsatt noen i den resterende delen av stillingen.

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

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidstakersiden:

- brev med vedlegg fra Utdanningsforbundet Troms, datert 20. juni 2014
- brev med vedlegg fra Raugland advokatene, datert 8. oktober 2014
- brev med vedlegg fra Raugland advokatene, datert 9. oktober 2014
- e-post med vedlegg fra A, datert 10. oktober 2014
- e-post med vedlegg fra A, datert 10. oktober 2014
- brev med vedlegg fra Utdanningsforbundet Troms, datert 12. november 2014
- e-post med vedlegg fra A, datert 16. mars 2015

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev med vedlegg fra Kulturskolen, B, datert 11. august 2014
- brev fra Kulturskolen, B, datert 1. september 2014
- brev fra Kulturskolen, B, datert 1. oktober 2014
- brev fra Kulturskolen, B, datert 27. oktober 2014
- brev fra Kulturskolen, B, datert 14. januar 2015

Arbeidstakers anførsler

A ønsker at nemnda tar stilling til om hun hadde fortrinnsrett til de omtvistede stillingene, og anfører i den anledning:

A har vært ufrivillig deltidsansatt siden 2003. Hun er bedre kvalifisert til de omtvistede stillingene enn de arbeidstakerne som fikk utvidet sin stilling. Hun anfører at hun selv har 5 års utdanning i piano og 30 års praksis som pianolærer. Hun kan heller ikke se hvordan hun kan være kvalifisert for en stillingsstørrelse og ikke en annen. Hun oppfatter forbigåelsene som gjengjeldelse etter at hun har protestert på usaklige tilsetninger.

Det anføres at søker nummer to kun har 20 vekttall i piano og 4 års utdanning på fiolin. Hun anfører videre at søker nummer to ikke har hatt pianoelever tidligere, og at dette dermed ikke er en utvidelse av hennes stilling.

Det anføres at søker nummer tre som fikk 24 prosent stilling ikke var ansatt som pianolærer, men som akkompagnatør/repetitør for danserne. Hun har vikariert for A, men A anfører at hun ikke snakker noe særlig norsk, og at hun er usikker på om utdannelsen hennes innen klaver er tilstrekkelig. Hun har heller ikke hatt undervisning. A mener det må stilles krav til pedagogikk og kommunikasjonsevner i en stilling hvor du skal undervise barn på 6-7 år.

A anfører at arbeidsgiver ikke informerte de andre søkerne om muligheten for utvidet stilling i forbindelse med forslagene til ny arbeidsplan, og at dette var påfallende dersom de mente at de to andre søkerne var bedre kvalifisert og hadde fortrinnsrett.

Videre anfører A at det er i strid med forbudet mot diskriminering på grunn av nedsatt funksjonsevne at hun ikke fikk utvidet sin stilling. Hun gjør gjeldende at hun ville ha fått 21 prosent av den ledige stillingen dersom hun ikke hadde levert inn attest fra lege og psykolog om at hun ikke kan jobbe prosjektuker. Arbeidsgiver har heller ikke oppfylt sin tilretteleggingsplikt. Hun har lagt frem forslag til ulike løsninger for tilrettelegging, men arbeidsgiver har avslått disse.

Hun anfører også at arbeidsplanen med prosjektuker og utøvende uker gjør det vanskelig å ha full stilling ved Kulturskolen. Hun mener også at det er lønnsomt for Kulturskolen å ikke ha

fulle stillinger på grunn av antallet elever per lærer. Av 52 musikk lærere har kun 17 stillinger på over 70 prosent. Det er 20 hele årsverk innen musikk.

A mener videre hun skulle fått tilbud om vikariat på 100 prosent som delvis ble tilbudt søker nummer tre og delvis ble lyst ut eksternt. Vikariatet ble tildelt per e-post i fellesferien uten at det var lyst ut eller tilbudt A. Hun har fått opplyst at hun ikke anses kvalifisert. A anfører at hun har lengre ansiennitet enn arbeidstakeren som ble tilbudt vikariatet.

Arbeidsgivers anførsler

B ved Kulturskolen bestrider at A hadde fortrinnsrett til de omtvistede stillingene, og gjør gjeldende at hun ikke er kvalifisert for stillingen og at de to andre som ble tilsatt hadde fortrinnsrett.

Arbeidsgiver mener A ikke er kvalifisert for stillingen av helsemessige årsaker. Arbeidsoppgavene i de omtvistede stillingene er oppgaver A har dokumentert at hun blir syk av. Tilrettelegging er ikke mulig, og A vil dermed ikke kunne utføre alle oppgavene som ligger til stillingen. Arbeidsgiver mener hennes krav om tilrettelegging er urimelig, og at disse ville undergrave undervisningsmetoden ved Kulturskolen.

Det anføres videre at samarbeidet mellom A og ledelsen er så dårlig at hun heller ikke av den grunn er kvalifisert for økt stillingsstørrelse. A tar stadige omkamper for å endre skolens undervisningsorganisering. Dette er ikke tilfredsstillende i forhold til lederes, kollegers eller elevers arbeidsmiljø.

Arbeidsgiver viser videre til at A ikke ble tilsatt som pianolærer i utgangspunktet, men som kordirigent. Etter anmodning fra lege fikk hun tilrettelagt arbeidet til pianolærer fordi det da ble færre elever å forholde seg til. A har nå ytterligere behov for tilrettelegging som arbeidsgiver mener strider med skolens profil og samspillsatsning, hvilket er et av de aller mest sentrale målene for alle musikkelever.

Den omtvistede stillingen er besatt av to interne søkere som begge hadde faste deltidsstillinger ved Kulturskolen. Det anføres at begge hadde fortrinnsrett til stillingen, og at A derfor ikke har blitt forbigått. Arbeidsgiver viser til at de ikke var enig i tvisteløsningsnemndas vurderinger i vedtak 86/11 hvor A fikk medhold i fortrinnsrett til en stilling som inneholdt musikkundervisning av barn mellom 4 og 7 år i grupper på 10. Arbeidsgiver har imidlertid innrettet seg etter dette og utvidet stillingen til søker nummer to i tråd med det de mener var nemndas konklusjon.

I forhold til engasjement/vikariat på 100 prosent fastholder arbeidsgiver at de ikke anser A som kvalifisert for ytterligere stillinger ved Kulturskolen, og at andre interne søkere var bedre kvalifisert og hadde fortrinnsrett til stillingen.

Tvisteløsningsnemndas merknader

Tvist mellom arbeidsgiver og arbeidstaker om fortrinnsrett for deltidsansatte kan bringes inn for tvisteløsningsnemnda, jf. arbeidsmiljøloven § 17-2 (1) og § 14-3 (4).

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).

Hva som ligger i begrepet vesentlig ulempe, er ikke nærmere definert i loven. Av lovens forarbeider, Ot. prp. nr. 49 (2004-2005) side 227, 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.

I henhold til forarbeidene kan forbeholdet om vesentlig ulempe blant annet innebære at deltidsansatte som gjør fortrinnsrett gjeldende ikke kan velge å søke en andel eller brøk av den utlyste stillingen, men må akseptere hele den utlyste stillingen. Tvisteløsningsnemnda har i en rekke tidligere saker likevel uttalt at forarbeidene ikke kan forstås slik at fortrinnsrett skal være avskåret i alle tilfeller hvor den vil medføre at det blir igjen en rest av den utlyste stillingen, uavhengig av om det etter en konkret vurdering kan påvises en vesentlig ulempe for arbeidsgiver ved å bli sittende igjen med en lav stillingsbrøk. 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 vesentlig ulempe for arbeidsgiver, og at det følgelig ikke stilles strenge krav til arbeidsgivers konkretisering av negative virkninger.

A har selv dokumentert overfor arbeidsgiver at hun ikke kan utføre alle oppgavene som ligger til stillingen. Hun har fremlagt attest fra lege og psykolog om at hun ikke kan delta i prosjektarbeid, prosjektuker og utøvende uker. Arbeidsgiver anser imidlertid dette som viktige deler av undervisningsmetoden de anvender ved kulturskolen. Arbeidsgiver har videre anført at samarbeidet mellom A og ledelsen er så dårlig at hun ikke kan anses kvalifisert for økt stillingsstørrelse, og at dette sammen med As stadige omkamper for å endre skolens undervisningsorganisering er svært uheldig for arbeidsmiljøet til skolens ledere, lærere og elever.

Slik saken er opplyst har nemnda etter en konkret vurdering kommet til at de omfattende samarbeidsproblemene og det faktum at A ikke kan utføre alle oppgavene som ligger til stillingene, til sammen utgjør en vesentlig ulempe. Nemnda ser etter dette ikke grunn til å gå nærmere inn på vurderingen av om A var kvalifisert eller om de andre søkerne hadde fortrinnsrett til stillingene.

Konklusjon

Arbeidstaker gis ikke medhold.

Tvisteløsningsnemnda

Anne Marie Due
leder

Oslo, 25.03.2015

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 (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 regnet fra det tidspunkt tvisteløsningsnemndas avgjørelse foreligger, jf arbeidsmiljøloven § 17-2 (3).