



Tvisteløsningsnemnda

Vedtaksdato
16. desember 2022

Vår referanse
2022/112

Saksbehandler
Katarina Torrissen Revang

VEDTAK NR 121/22 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Tvisteløsningsnemnda avholdt møte torsdag 15. desember 2022.

Ved behandlingen av saken var Tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Anne Marie Due, leder
Silje Hassellund Solberg, LO
Marte Solberg, Virke

Særskilt oppnevnte medlemmer

Wenche Rudshaug, Skedsmo VGS
Bjørn Saugstad, Utdanningsforbundet

Saken gjelder

Tvist om fortrinnsrett for deltidsansatte etter arbeidsmiljøloven § 14-3

Arbeidstaker

A

Arbeidsgiver

B kommune, X

Det ble truffet slikt vedtak:

Saksforhold

A er fast ansatt som lektor m/opprykk i stilling på 70 prosent i B kommune, X, ved Z videregående skole. A underviser i rettslære 1, rettslære 2 og spansk.

For skoleåret 2022/2023 lyste skolen ut en samleutlysning for vikariatstillinger på til sammen 300 prosent i ulike fag. Fagene var norsk, engelsk, samfunnskunnskap, psykologi, historie og religion og etikk. Det fremgår ikke av utlysningen hvor stor prosent hvert av fagene utgjør, eller om stillingene skulle fordeles med tre stillinger på 100 prosent eller om det skulle være flere deltidsstillinger. I utlysningen fremgikk det imidlertid at søker måtte tydeliggjøre hvilket av fagene det søkes på. Skolen utlyste også et vikariat i spansk og tysk, men utlysningen for spansk ble trukket tilbake, da det ikke lenger var et behov for skolen.

Av kvalifikasjoner krevde utlysningen godkjent pedagogisk-praktisk utdanning, erfaring med undervisning i fagene, erfaring som kontaktlærer og kjennskap til LK20 (Læreplanverket for Kunnskapsløftet 2020). Det søktes videre etter en med følgende personlige egenskaper; evne til å motivere elevene og fremstå som en voksen rollemodell, må kunne jobbe selvstendig og i team, må trives med å samarbeide med kolleger, være fleksibel og inkluderende, må være målrettet, prosess- og utviklingsorientert, initiativrik og ha stor arbeidskapasitet og gjennomføringsevne, evne til å bygge gode relasjoner til elever, kolleger og andre, være omsorgsfull og en tydelig leder i klasserommet og ha høye ambisjoner på elevens vegne og motivere dem til å strekke seg lenger.

A viste til utlysningen og søkte på fagene engelsk og/eller samfunnskunnskap med henvisning til fortrinnsrett etter arbeidsmiljøloven § 14-3. Hun skrev i søknaden at hun ønsket å få en 100 prosent stilling, og at hun var åpen for andre ulike fagkombinasjoner.

Våren 2022 ble det gjennomført tett personaloppfølging av A. Årsaken var tilbakemeldinger fra elever om krenkende opplevelser, ugrei vurderingspraksis, kollegaer som hadde gitt tilbakemelding om utfordringer når det gjelder samarbeid og kommunikasjonsform, samt at avdelingsleder opplevde et vanskelig samarbeidsklima med A. Utover våren ble det avholdt flere møter hvor det ble diskutert, og laget tiltak som A skulle arbeide med framover. Personaloppfølgingen ble avsluttet med konklusjon om positiv utvikling og at det ikke var nødvendig med ytterligere oppfølging eller veiledning. Arbeidsgiver har imidlertid i saken opplyst at det «nå» (dette skoleåret) igjen er åpnet personalsak og at denne vil kreve tett oppfølging framover.

Arbeidsgiver avsto kravet i brev datert 16. juni 2022 og begrunnet avslaget med manglende personlig egnethet. Arbeidsgiver viste til at A har samarbeidsutfordringer både med kollegaer og elever, og mener at det må være stabilitet i samarbeidsforholdet lærer/lærer og lærer/elev over tid før det kan gis fortrinnsrett.

Saken ble brakt inn for Tvisteløsningsnemnda ved brev datert 30. juni 2022. Overfor nemnda har begge parter fått anledning til å komme med utfyllende merknader i saken.

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidstaker:

- brev datert 30. juni 2022
- brev datert 11. juli 2022
- brev datert 13. september 2022
- brev datert 25. oktober 2022

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev datert 30. august 2022

B kommune har ikke opplyst om det var ekstern søker/søkere som fikk fagene A søkte på, selv om det er etterspurt i saksforberedelsen.

Arbeidstakers anførsler

A gjør gjeldende at hun har fortrinnsrett, og anfører i det vesentligste at hun er kvalifisert og at utøvelse av fortrinnsrett ikke vil innebære en vesentlig ulempe for virksomheten.

A viser til at hun har erfaring med undervisning i både engelsk og samfunnskunnskap. Videre viser hun til at personaloppfølgingen våren 2022 ble avsluttet uten arbeidsrettslige konsekvenser før innværende skoleår startet. Praksis i nemnda, blant annet vedtak 41/22, 6/22, 162/21 og 125/21, er at suspensjon av fortrinnsrett ikke er en gyldig arbeidsrettslig konsekvens av påstått manglende fungering, og at dette må følges opp på andre måter.

Arbeidstaker mener det er særlig urimelig at kommunen trekker fram at hun har andre arbeidsforhold, da nettopp ufrivillig deltid er årsaken til dette. A opplyser om at hun har informert om bierverv, og at arbeidsgiver aldri har uttrykt bekymring rundt totalengasjement ovenfor henne.

A mener daglig oppfølging av enkeltansatte og løpende arbeid med arbeidsmiljø er en del av arbeidsgivers vanlige ansvar og ikke kan anses som en vesentlig ulempe i lovens forstand.

Arbeidsgivers anførsler

B kommune gjør gjeldende at A ikke har fortrinnsrett til stillingen og anfører i det vesentligste at hun verken er faglig eller personlig kvalifisert. Kommunen mener A ikke har undervisningserfaring å vise til i engelsk og samfunnskunnskap, og at hun ikke har gode samarbeids- og kommunikasjonsevner.

Videre viser B kommune til at A ikke fungerer i 70 prosent stillingen hun har i dag. Kommunen viser til at hun har vært involvert i flere konfliktfylte situasjoner som har ført til totalt åtte personaloppfølgingssaker fra februar til juni 2022, og i tillegg er det en pågående personalsak innværende skoleår. Arbeidsgiver er av den oppfatning at de må se forbedring over tid før hun kan få høyere stillingsprosent.

Videre anfører arbeidsgiver at de over flere år har vært bekymret over As totalbelastning, da hun flere ganger har hatt mer enn 100 prosent stilling som følge av bierverv/engasjement andre steder. Arbeidsgiver mener at A ikke har informert om disse, til tross for at personalreglementet krever det.

Hvis A er kvalifisert, mener kommunen at fortrinnsrett uansett vil innebære vesentlige ulemper for virksomheten. Det vises til at A allerede er en stor belastning for arbeidsmiljøet og krever mye ressurser, og at utvidet stilling vil medføre ytterligere belastning for arbeidsmiljøet og oppfølging for arbeidsgiver.

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 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.

Det går fram 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.

A har søkt på fagene samfunnskunnskap og/eller engelsk, og samtidig uttalt at hun er åpen for andre fagkombinasjoner. Nemnda legger til grunn at tvisten gjelder hvorvidt hun har fortrinnsrett til utvidet stilling til disse fagene.

A underviser i rettslære 1, rettslære 2 og spansk. Hun har krevd fortrinnsrett til stilling med undervisning i samfunnskunnskap og/eller engelsk. Selv om det er andre fag enn de hun underviser i, har nemnda kommet til at arbeidsoppgavene for en lærer må anses for å være om lag de samme selv om det er ulike fag det undervises i. Dette er heller ikke omstridt fra arbeidsgivers side.

Nemnda går så over til å vurdere om A er kvalifisert til å undervise i engelsk og/eller samfunnskunnskap.

Arbeidsgiver har anført at A mangler undervisningserfaring i engelsk og samfunnskunnskap, uten å utdype dette nærmere. A har imidlertid dokumentert at hun har undervist i samfunnsfag ved Z VGS skoleåret 2019/2020, og i søknaden til stilling ved Z videregående skole har hun opplyst at hun har undervist i engelsk ved C Videregående skole, og har i tillegg opplyst at hun har hatt sensoroppdrag i faget.

Arbeidsgiver har fått spørsmål om hvorfor de mener at A mangler erfaring med undervisning i disse fagene, uten at det har blitt besvart. Nemnda legger derfor As dokumentasjon og

opplysninger til grunn, og har kommet til at hun er både formelt og faglig kvalifisert til utvidelse av stillingen.

Spørsmålet er dermed om A er personlig egnet.

Med personlige forutsetninger menes blant annet personlige egenskaper som har betydning for hvordan vedkommende kan utføre sine egne arbeidsoppgaver. Dette kan for eksempel være evnen til å motivere medarbeidere i relasjon til en lederstilling, overtalelsesevner i relasjon til en salgsstilling eller serviceinnstilling eller kunde-/klienttekte i relasjon til et serviceyrke. Videre følger det av Høyesteretts dom Rt. 2003 s. 1754 at det i vurderingen også kan legges vekt på personlige egenskaper som ikke har direkte betydning for arbeidstakerens utførelse av egne arbeidsoppgaver. Som eksempler peker dommen på tilfeller der arbeidstaker skaper store samarbeidsvansker eller på andre måter bidrar til et dårlig arbeidsmiljø for andre ansatte.

Nemnda har etter en konkret vurdering kommet til at A er personlig egnet. Nemnda kan ikke se at det er sannsynliggjort at A har en adferd som bidrar til konfliktfylte situasjoner i en slik grad at hun ikke er personlig egnet for stillingen. Nemnda understreker at fortrinnsretten begrenser arbeidsgivers mulighet til fritt å ansette den de ønsker. I vurderingen av om arbeidstakeren er kvalifisert, skal det også tas hensyn til at arbeidsgiver må regne med noe opplæring, samt korrigere eventuell uønsket atferd hos arbeidstakeren.

Nemnda har i vurderingen lagt særlig vekt på at A arbeider som normalt dette skoleåret. Dersom arbeidsgiver mener at A ikke kan fungere som lærer, må arbeidsgiver trekke arbeidsrettslige konsekvensene av dette. Suspensjon av fortrinnsrett er ikke en slik konsekvens. Nemnda finner derfor at A ikke kan nektes fortrinnsrett med den begrunnelse som arbeidsgiver gir om egnethet.

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.»

Nemnda har etter en konkret vurdering kommet til at det ikke er tilstrekkelig sannsynliggjort at det vil medføre vesentlig ulempe for virksomheten å gi A fortrinnsrett til stillingen.

Arbeidsgiver har anført at A allerede er en belastning for arbeidsmiljøet til kollegaer og elever ved skolen, og at fortrinnsrett vil innebære en ytterligere belastning og oppfølging. Nemnda kan se at det kan være utfordringer knyttet til oppfølgingen av A, og at dette vil kunne sees på som en ulempe. Det påhviler imidlertid arbeidsgiver en plikt til å følge opp pågående arbeidsmiljøproblemer, og den prosessen må arbeidsgiver gjøre uavhengig av om hun gis fortrinnsrett. Nemnda kan ikke se at en utvidelse av stillingen vil bidra til en ytterligere ulemper for arbeidsgiver.

Nemnda har etter dette kommet til at arbeidsgiver ikke i tilstrekkelig grad har sannsynliggjort at det ville medført vesentlig ulempe for virksomheten å innvilge fortrinnsrett til utvidet stilling.

Konklusjon

B kommunes avslag var i strid med A sin fortrinnsrett etter arbeidsmiljøloven § 14-3.

Tvisteløsningsnemnda

Anne Marie Due
Leder

16. desember 2022

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.