



Tvisteløsningsnemnda

Vedtaksdato
17.10.2023

Vår referanse
2023/155

Saksbehandler
Anniken Sætran Hansen

VEDTAK NR 100/23 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Sakens tema

Tvist om fortrinnsrett for deltidsansatte etter arbeidsmiljøloven § 14-3 mellom A og B kommune, Kulturetaten.

Vedtak

A får ikke medhold i sitt krav om fortrinnsrett etter arbeidsmiljøloven § 14-3.

Nemndas sammensetning

Anne Marie Due, leder

Silje Hassellund Solberg, LO, fast medlem arbeidstakersiden

Andreas Dag Nilsen, KS, fast medlem arbeidsgiversiden

Siv Furunes, Inderøy kulturskole, bransjemedlem arbeidstakersiden

Kristin Kvam, Bergen kulturskole, bransjemedlem arbeidsgiversiden

Sakens bakgrunn

A er fast ansatt som musikk- og kulturskolelærer 1a i stilling på 90 prosent hos B kulturskole i Kulturetaten, B kommune.

Den 25. april gjorde kommunen det kjent internt at det var ledig en 30 prosent stilling som musikk- og kulturskolelærer i faget fiolin med Suzukimetoden, på C. I utlysningen/ katalogen fremkommer en rekke kvalifikasjonskrav for stillingen. Det er blant annet et krav om at kandidaten har «fullført kurs fra Norsk Suzukiforbund lærerutdanning nivå 1». Stillingen innehar følgende arbeidsoppgaver:

- Forberede, gjennomføre og evaluere undervisning på et eller flere undervisningssteder
- Organisere undervisning i små og store grupper, og utvikle gode undervisningsopplegg i samsvar med kulturskolens rammeplan
- Bidra i rekrutteringsarbeid til egen stilling og til kulturskolen generelt
- Bidra positivt og aktivt til utvikling, gjennomføring og evaluering til fagtilbud
- Være en aktiv deltaker i teammøter og andre fora knyttet til stillingen
- Bidra i planlegging og gjennomføring av konserter, forestillinger og visninger
- Bidra til å synliggjøre videre muligheter for elevens utviklingsløp

Szukimetoden er en musikkpedagogisk filosofi, som går ut på at barn skal lære å spille musikkinstrumenter på samme måte som de lærer seg å snakke, det vil si gjennom å lytte og etterlikne. Den blir benyttet mest overfor barn som skal lære seg å spille fiolin.

A meldte interesse for stillingen og ble innkalt til en kartleggingsamtale med arbeidsgiver den 11. mai 2023. Hun ønsket fortrinnsrett til 10 prosent av den utlyste stillingen. Formålet med samtalen var å kartlegge omfanget av arbeidstakers uønskede deltid og muligheter for å redusere det. A redegjorde for sin kompetanse, herunder mastergrad i utdanningsvitenskap med fordypning i alternativpedagogikk, inkludert Suzukimetoden ved Universitetet i By A i 2012. I tillegg har hun fullført kurs i Suzukimetodikk ved D Musikk institutt i Land A i 1991 og i By C i 2003. Hun har erfaring med rekruttering, gjennomføring og planlegging av konserter og forestillinger. Hun har over 30 års erfaring i fiolinundervisning etter Suzukimetoden. Hun har blant annet vært ansatt ved B kulturskole som fiolinlærer med Suzukimetoden siden 1994 og ved E kulturskole siden 1995. Hun har også deltatt på en rekke kurs og kongresser i Suzukimetodikk, og holdt foredrag og workshop om Suzukimetoden.

Kulturetaten avslo kravet i brev av 7. juni 2023. A ble ikke innstilt til stillingen fordi hun ikke oppfylte kvalifikasjonskravet om å ha «fullført kurs fra Norsk Suzukiforbund lærerutdanning nivå 1».

A sendte den 15. juni 2023 krav om fortrinnsrett på stillingen. Det ble aldri besvart av kommunen.

Arbeidsgiver har opplyst at det var to andre søkere som ble innstilt til stillingen. Begge oppfylte vilkårene for å ha fortrinnsrett, herunder kvalifikasjonskravet. En av disse ble ansatt i stillingen.

Sakens dokumenter

A sendte saken til nemnda den 3. juli 2023.

Begge parter har fått mulighet til å komme med utfyllende merknader.

A har sendt følgende til nemnda:

- brev av 3. juli 2023
- brev av 11. august 2023
- brev av 7. september 2023
- brev av 25. september

Kulturetaten har sendt følgende til nemnda:

- brev av 4. august 2023
- brev av 24. august 2023
- brev av 15. september 2023

Arbeidsgivers syn på saken

Kulturetaten gjør gjeldende at A ikke kan få medhold i sitt krav fordi hun ikke er kvalifisert for stillingen, det er ikke en utvidelse av hennes faste deltidsstilling og det vil medføre vesentlig ulempe for virksomheten. Arbeidsgiver ønsker også at nemnda tar stilling til om A er deltidsansatt.

Ansatt en annen med fortrinnsrett

Den som ble ansatt i stillingen er kvalifisert ettersom vedkommende har hovedfag i pedagogikk, faglærerutdanning som strykelærer ved NMH, praksisveilederutdanning og fungerer som øvingslærer, samt Suzukilærerutdanning på nivå 2, ett trinn over det som var krav i utlysningen. Den ansatte har svært allsidig og lang erfaring i å undervise fiolinelever i ulike kontekster og har også blant annet bygget opp orkestermiljøer og styrkeopplæringstilbud. Videre er vedkommende en drivende kraft i utvikling av kollegasamarbeid. Arbeidsoppgavene til vedkommende er undervisning av fiolinelever i kulturskole, grunnskole, orkester og fordypningselever, og vedkommende er praksisveileder.

Deltidsansatt

Arbeidsgiver gjør gjeldende at det er uvanlig at lærere ved Kulturskolen er ansatt i en så høy stilling som 90 prosent, og enda mindre vanlig å inneha en 100 prosent stilling, siden undervisningen primært foregår på ettermiddag- og kveldstid. Anslagsvis er mindre enn 5 prosent av lærerne ved Kulturskolen ansatt i en 100 prosent stilling.

Som deltidsansatt regnes en person som har avtalt arbeidstid som er lavere enn normal arbeidstid i vedkommende yrke eller bransje. Selv om A ikke innehar en 100 prosent stilling, er arbeidsgiver usikker på om vilkåret er oppfylt ettersom A allerede innehar en høyere stillingsprosent enn hva som er normalt blant lærerne ved Kulturskolen.

Ikke kvalifisert for stillingen

A oppfyller ikke det absolutte kvalifikasjonskravet om å ha «fullført kurs fra Norsk Suzukiforbund lærerutdanning nivå 1».

Poenget med den utlyste stillingen er å kunne markedsføre at skolen gir undervisning ved bruk av Suzukimetoden av musikk lærere som har formalisert utdanning innen denne metoden. A kan fritt bruke Suzukimetoden eller elementer fra denne i sin undervisning, men skolen kan ikke bruke tittelen «Suzukilærer» uten at vedkommende oppfyller kriteriet. Kulturskolen er dermed avhengig av at læreren er ESA-sertifisert, og det er ikke nok å vise til lang erfaring og kurs innenfor Suzukimetoden. Uten sertifiseringen har arbeidsgiver heller ingen formell dokumentasjon på at søkere til stillingen faktisk er egnede kandidater.

Arbeidsgiver er ikke enig med A om kvalifikasjonskravet er usaklig, fordi de mener at de som arbeidsgiver kan sette kvalifikasjonskrav uavhengig av om det er godkjente utdanninger fra Kunnskapsdepartementet og/ eller NOKUT. Arbeidsgiver viser til at det stadig lyses ut stillinger med krav til kompetanse uten at det finnes offentlig utdanning i Norge, som for eksempel gaminglærer, hiphoplærer og lærere i andre nye dansefag. Videre viser arbeidsgiver til at det er klare paralleller til Tvisteløsningsnemndas sak 162/19.

Videre gjør arbeidsgiver gjeldende at det er uten betydning at stillingstittelen ikke er rettslig beskyttet, og viser til at de fleste norske arbeidstitler ikke er beskyttet i henhold til lov eller forskrift. Arbeidsgiver opplyser også at de ikke stiller krav til at kommunalt ansatte må være medlem i en frivillig organisasjon, så lenge de har fullført kurset.

Arbeidsgiver gjør også gjeldende at avgjørelsen fra en domstol i Land B, ikke er relevant ved vurdering av A sin fortrinnsrett.

Ikke en utvidelse av nåværende stilling

Det er en stor forskjell mellom den utlyste stillingen og As nåværende stilling, hvor Suzukimetoden ikke brukes som en del av markedsføringen og hvor det heller ikke stilles formelle krav til lærerne, slik som i den aktuelle stillingen.

Vesentlig ulempe for virksomheten

Det vil medføre en vesentlig ulempe for arbeidsgiver å sitte igjen med en reststilling på 20 prosent.

I tillegg er det en vesentlig ulempe å tilby et kurs der arbeidsgiver ikke kan stå inne for at læreren innehar den formaliserte utdanningen som markedsføringen av kurset er basert på. Det vil også innebære misvisende markedsføring overfor elever og foreldre, og det vil komme i direkte konflikt med Det Europeiske Suzukiforbundet (ESA) og Norsk Suzukiforbundets retningslinjer, hvor det stilles krav til at musikkpedagoger minimum må ha fullført sertifisering på nivå 1 hos Norsk Suzukiforbund for å ha rett til å bruke tittelen «Suzukilærer». Denne tittelen kan kun brukes av lærere med godkjent sertifisering. Det vil dermed kunne gjøre et inngrep i ESAs varemerkerett og det kan være et i strid med markedsføringsloven.

Arbeidstakers syn på saken

A gjør gjeldende at hun har fortrinnsrett til deler av stillingen fordi hun er kvalifisert, det er en utvidelse av hennes faste stilling og at det vil ikke medføre en vesentlig ulempe for arbeidsgiver å innvilge hennes krav.

Ansatt en annen med fortrinnsrett

A gjør gjeldende at hun ikke har tilstrekkelig med opplysninger til å vurdere om den som er ansatt hadde fortrinnsrett eller om arbeidsgiver har foretatt en korrekt kvalifikasjonsvurdering.

Videre gjør A gjeldende at det er misvisende informasjon i arbeidsgivers redegjørelse av arbeidsoppgavene og kvalifikasjonskravene i den omsøkte stillingen og den stillingen hun har. Kulturetaten har lagt vekt på andre arbeidsoppgaver og kvalifikasjonskrav enn det som kommer frem av utlysningsteksten. Blant annet har arbeidsgiver fremhevet at den som ble ansatt driver med undervisning i grunnskolen og er praksisveileder. Dette er arbeidsoppgaver som ikke utføres i stillinger hos Kulturskolen. Arbeidsgiver har ikke opplyst om den som ble ansatt i stillingen har arbeidserfaring med undervisning i Suzukimetoden.

Deltidsansatt

Det er irrelevant om stillingsprosenten er vanlig eller ikke hos Kulturskolen. Det avgjørende er den faktiske stillingsprosenten. A mangler dermed 10 prosent for å inneha en fulltidsstilling.

Kvalifisert for stillingen

Det eneste punktet i kvalifikasjonskravene arbeidstaker ikke oppfyller er kravet om å ha fullført «kurs fra Norsk Suzukiforbund lærerutdanning nivå 1». A er likevel kvalifisert for stillingen da hun har lang erfaring, utdanning og kompetanse som overstiger det som forventes etter gjennomført kurs hos Norsk Suzukiforbund med lærerutdanning nivå 1. Hun har undervist i Suzukimetoden ved Kulturskolen siden 1994 og har dermed over 30 års erfaring. At hun er kvalifisert til å undervise i Suzukimetoden i Norge underbygges av en avgjørelse fra en domstol i Land B, hvor hun fikk medhold i sitt søksmål om æreskrenkelser, der det blant annet var gitt uriktige opplysninger om at hun ikke var kvalifisert til å undervise etter Suzukimetoden i Norge.

Videre presiseres det at A ble ansatt som kompetent og har også senere blitt vurdert som kompetent i stillingen. I en bekreftelse fra B kommune musikk-skole (nå B Kulturskole) står det blant annet at hun har «spesialkompetanse i Suzuki metodikk» og at de er «svært fornøyd med det arbeidet hun utfører hos oss». At hun har metodefrihet i undervisningen, men at hun utad ikke kan tituleres som Suzukilærer, er i strid med det som sto i stillingsutlysningen som A ble ansatt i. I teksten sto det «A Fiolin 40 % stilling m/Suzuki metodikk». Hun er dermed ansatt i en stilling som lærer i fiolin med Suzuki metodikk.

A gjør gjeldende at kravet om å ha fullført kurs hos Norsk Suzukiforbund er et usaklig og ulovlig kvalifikasjonskrav for arbeidsgiver å stille. Norsk Suzukiforbund har ikke tillatelse fra kunnskapsdepartementet til å organisere godkjent lærerutdanning og/eller musikkpedagogisk utdanning. Det er dermed utenfor av hva arbeidsgiver kan kreve av ansatte ved vurdering av kvalifikasjonskravet. Arbeidstaker viser til forarbeidene til

arbeidsmiljøloven, hvor det står at arbeidsgivere ikke kan stille kvalifikasjonskrav utover det som er normalt for tilsvarende stillinger.

Videre gjør A gjeldende at Suzukilærer eller underviser i Suzukimetoden ikke er en beskyttet tittel som forutsetter en bestemt utdanning. Arbeidstaker er ikke enig i at de er avhengige av ESA- sertifiserte lærere for å kunne markedsføre denne type undervisning. Det vises til et rettslig notat fra Advokatfirmaet Skarpholt AS den 20. august 2021, hvor det kommer frem at ESA ikke har enerett til å undervise etter Suzukimetoden og heller ikke enerett til bruk av Suzuki- navnet som beskrivelse av den pedagogiske metoden. Arbeidstaker viser til at Kulturetaten selv skriver at det ikke er en beskyttet tittel, og hun opplever det som misvisende å bruke begrepet «sertifisering» i vurdering av kvalifikasjonskravet.

Videre viser arbeidstaker til at man må være medlem av det nasjonale Suzukiforbund for å kunne ta kurset. Arbeidstaker mener at det er urimelig å kreve at kommunalt ansatte plikter å være medlemmer av et forbund for å arbeide i kommunale stillinger. Et slik kvalifikasjonskrav er klart i strid med arbeidsmiljølovens kvalifikasjonskrav.

Arbeidstaker bemerker at det er uten betydning for saken om det foreligger varemerkerettslige inngrep og brudd på markedsføringsloven.

Det er en utvidelse av nåværende stilling

Den utlyste stillingen er en utvidelse av hennes nåværende stilling. Hun har fungert i stillingen siden hun ble ansatt ved Kulturskolen i 1994.

Ikke en vesentlig ulempe for virksomheten

Kulturetaten anfører selv at deltidsansatte er det normale ansettelsesforholdet hos dem, slik at den resterende delen av den utlyste stillingen høyst sannsynlig vil bli fylt opp av faste ansatte. Det vil heller ikke medføre misvisende markedsføring, da det ikke er krav om rettslig sertifisering for å inneha denne stillingen. Skolens markedsføring er irrelevant ved vurdering av fortrinnsrett.

Lovgrunnlag og hva partene er uenige om

Twisteløsningsnemnda kan etter arbeidsmiljøloven § 17-2 avgjøre tvister som nevnt i arbeidsmiljøloven 14-3 første ledd:

Deltidsansatte har fortrinnsrett til utvidet stilling fremfor at arbeidsgiver foretar ny ansettelse eller innleie i virksomheten. Fortrinnsretten kan også gjelde en del av en stilling.

Etter § 14-3 tredje ledd må arbeidstaker være kvalifisert for stillingen og utøvelse av fortrinnsretten må ikke innebære vesentlige ulemper for virksomheten.

I denne saken er partene uenige om det er ansatt en annen arbeidstaker med fortrinnsrett og om arbeidstaker er kvalifisert for stillingen. Videre er partene uenige om A er deltidsansatt, om det er en utvidelse av hennes nåværende stilling og om det er til vesentlig ulempe for virksomheten.

Nemndas begrunnelse

Nemnda har enstemmig kommet til A ikke får medhold i sitt krav.

Nemnda har gjort disse vurderingene:

Innledningsvis vil nemnda si noe om hvilke kvalifikasjonskrav arbeidsgiver kan stille for en stilling som lyses ut. Partene er uenige om arbeidsgiver kan stille kvalifikasjonskrav om å ha «fullført kurs fra Norsk Suzukiforbund lærerutdanning nivå 1» for denne stillingen.

Det er arbeidsgiver som fastsetter kvalifikasjonskravene for stillingen. I forarbeidene (Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) pkt. 17.1.4) er det presisert at det ikke kan kreves at faglige eller personlige forutsetninger må ligge på et høyere nivå enn det som anses som normalt eller gjennomsnittlig for vedkommende stilling. Videre kommer det frem i forarbeidene (Ot.prp. nr. 41 (1975-1976) pkt. VIII) at det ikke kan innebære mer enn at arbeidstaker må ha de ferdigheter som normalt forutsettes for det aktuelle arbeid.

Arbeidsgiver har opplyst at stillingen ble lyst ut med krav om at søkerne måtte ha fullført det aktuelle kurset, nettopp for å kunne tilby og markedsføre dette tilbudet utad til brukerne av Kulturskolen. For å tilby denne type undervisning må læreren være sertifisert. Nemnda har kommet til at dette ikke innebærer et krav om faglige forutsetninger på et høyere nivå enn det som er vanlig for denne stillingen og at det ligger innenfor arbeidsgivers styringsrett å stille det aktuelle kvalifikasjonskravet. Det vises også til at det aktuelle kurset/eksamenen er internasjonalt godkjent. Dette er i samsvar med nemndas praksis, se blant annet sak 162/21, 93/20 og 162/19.

Videre er det etter nemndas oppfatning slik at kandidatene kun må være medlem i Suzukiforbundet for å ta kurset. Nemnda bemerker at det også for andre kurs eller utdanninger er vanlig at det må være tilknyttet et lærersted og betale en kursavgift.

Nemnda vil bemerke at det avgjørende for om det er en deltidsstilling eller ikke, er om den faktiske stillingsprosent den ansatte innehar er lavere enn 100 prosent som er full stilling, og ikke hvilken stillingsprosent som er vanlig ved Kulturskolen.

Har arbeidsgiver ansatt en annen arbeidstaker med fortrinnsrett?

Det går fram av lovens ordlyd at fortrinnsretten gjelder «utvidet stilling». I forarbeidene til bestemmelsen (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. Den deltidsansatte må også var kvalifisert til stillingen.

I vurderingen av om den andre arbeidstakeren hadde fortrinnsrett, må det tas utgangspunkt i om vedkommende oppfyller kravene i stillingsutlysningen. Dokumentene i saken viser at den andre arbeidstakeren er kvalifisert ved at personen har høyere kunstfaglig eller pedagogisk utdanning, samt at vedkommende oppfyller kravet om å ha fullført kurs fra Norsk Suzukiforbund lærerutdanning nivå 1.

Nemnda legger også til grunn at det er en utvidelse av den ansattes nåværende stilling. Den som ble ansatt driver med fiolinundervisning på flere undervisningssteder og med ulike gruppestørrelser. Vedkommende underviser fiolinlver i kulturskolen, grunnskolen, orkester og i fordypning, og er også praksisveileder. På bakgrunn av dette kan ikke nemnda se at det er vesentlige forskjeller i den utlyste stillingenes arbeidsoppgaver og den stillingen den andre arbeidstakeren har i dag. Nemnda har kommet til at denne søkeren hadde fortrinnsrett til stillingen.

Loven har ingen regler om hvem arbeidsgiver skal velge når det er flere deltidsansatte som har fortrinnsrett. Hvis arbeidstakeren som fikk stillingen hadde fortrinnsrett kan nemnda derfor ikke bestemme hvem arbeidsgiver skal velge. Dette er fast praksis i nemnda, se blant annet sak 163/21.

Siden den andre arbeidstakeren hadde fortrinnsrett, er det ikke nødvendig for nemnda å ta stilling til om A også hadde fortrinnsrett.

Nemndas konklusjon

A får ikke medhold i sitt krav om fortrinnsrett etter arbeidsmiljøloven § 14-3.

Tvisteløsningsnemnda

Anne Marie Due
Leder

17. oktober 2023