



Tvisteløsningsnemnda

Vedtaksdato
10.05.2024

Møtedato
07.05.2024

Vår referanse
2024/21

Saksbehandler
Nina N. Hermansen

SAK NR 53/24 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Sakens tema

Tvist om fortrinnsrett for deltidsansatte etter arbeidsmiljøloven § 14-3

Arbeidstaker

A

Arbeidsgiver

B-kommune

Vedtak

A hadde ikke fortrinnsrett etter arbeidsmiljøloven § 14-3.

Nemndas sammensetning

Anne Marie Due, leder

Jan Eikeland, Akademikerne, fast medlem arbeidstakersiden

Andreas Dag Nilsen, KS, fast medlem arbeidsgiversiden

Wenke Ingebretsen, Delta, bransjemedlem arbeidstakersiden

Arnfinn Grønvold, Lillestrøm kommune, bransjemedlem arbeidsgiversiden

Sakens bakgrunn

A er fast ansatt som SFO-assistent i stilling på 50 prosent i B-kommune, for tiden ved [Skole], med leder for SFO som nærmeste overordnende. A har også et vikariat ved skolen som skoleassistent på 49 prosent frem til 31. juli 2024. A er under utdanning som barne- og ungdomsarbeider.

Det ble utlyst en 100 prosent stilling som barne- og ungdomsarbeider ved [Skole] i B-kommune. De hadde ledige faste og midlertidige stillinger som miljøpersonell på skolen og SFO. Søknadsfristen var 19. desember 2023 med oppstart 2. januar 2024.

A søkte på stillingen, og ønsket 100 prosent stilling.

B-kommune avsto søknaden i e-post av 8. januar 2024. Avslaget ble begrunnet med at A ikke var formelt kvalifisert. En annen søker ble ansatt i stillingen.

Sakens dokumenter

A sendte saken til nemnda den 26. januar 2024.

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

A har sendt følgende til nemnda:

- brev av 26. januar 2024
- brev av 19. februar 2024
- brev av 10. mars 2024

B-kommune har sendt følgende til nemnda:

- brev av 9. februar 2024
- brev av 6. mars 2024
- brev av 14. mars 2024
- brev av 9. april 2024
- brev av 29. april 2024 med manglende vedlegg fra tidligere brev
- brev av 30. april 2024

Arbeidsgivers syn på saken

B-kommune hevder at A ikke kan få medhold i sitt krav fordi hun ikke er kvalifisert for den utlyste stillingen, hennes nåværende faste stilling og omtvistet stilling har ikke om lag samme arbeidsoppgaver og det vil medføre vesentlig ulempe for arbeidsgiver dersom hun får fortrinnsrett.

Kvalifikasjon

Det søkes etter en person med fagbrev som barne- og ungdomsarbeider, pedagogikk og annen relevant utdanning og erfaring. Kommunen har også sett på kandidatenes evne til å være robust, stå i kamper, språklige egenskaper, og evnen til å være en tydelig rollemodell også på de høyeste trinnene (5. til 7. trinn) i undervisningstid. Arbeidsgiver mener at A ikke har de personlige egenskapene som etterspørres i annonsen, og har ikke funnet henne kvalifisert til stillingen.

Om lag samme arbeidsoppgaver

Arbeidsgiver hevder videre at arbeidsoppgavene A har i sin faste stilling ikke er om lag de samme arbeidsoppgavene som i den stillingen hun krever fortrinnsrett til. Arbeidsoppgavene som A har i sin faste stilling på SFO handler om å tilrettelegge for sosialpedagogiske aktiviteter og fremme et trygt og godt lekemiljø på SFO. Arbeidet er ikke rettet mot enkeltelever, men grupper av elever. Arbeidsoppgavene i den utlyste stillingen er styrt individuelt på enkeltelever. Det er fokus på å være en tydelig voksen, takle atferdsproblematikk, også for elever med konsentrasjons- og lærevansker, utagerende elever og elever med autisme og ADHD. Forberedelser før og etter arbeid foregår i samarbeid med kontaktlærer og spesialpedagog. Det kreves en annen erfaring og tilnærming å jobbe med enkeltelever enn å jobbe på SFO.

Vesentlig ulempe

Dersom A får fortrinnsrett vil det medføre vesentlig ressursbruk til veiledning, tilrettelegging og tilpasning av hvilke elever hun kan jobbe med. Det vil etter arbeidsgivers syn være en vesentlig ulempe å innvilge hennes krav om fortrinnsrett til stillingen.

Arbeidstakers syn på saken

A hevder at hun har fortrinnsrett fordi hun er kvalifisert for stillingen.

Kvalifikasjon og om lag samme arbeidsoppgaver

A er på lik linje med alle andre miljøarbeidere innsatt i normale arbeidsoppgaver som er på skolen og på SFO. Hun har ingen tilrettelegging eller spesielle tiltak for henne som arbeidstaker. Hun arbeider med elever på 1.-4. trinn og de eldste elevene på mellomtrinnet.

I utlysningen søker de etter en arbeidstaker som kan:

- delta positivt og engasjert i planlegging og gjennomføring av ulike aktiviteter med barna inne og ute
- veilede og gi omsorg i barns læring, lek og ulike aktiviteter
- være en tydelig voksen og en god rollemodell
- kunne jobbe selvstendig og samtidig kunne samarbeide med ulike faggrupper
- støtte elevene til utvikling og læring i et faglig og sosialt perspektiv i skole og SFO

A dekker alle disse områdene, utfører jobben sin godt og har fått gode tilbakemeldinger. A arbeider med alle elever, inkludert de mest utagerende elevene på skolen. A er godt i gang med utdannelsen til barne- og ungdomsarbeider og skal snart avlegge fagprøven.

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 om lag samme arbeidsoppgaver i As faste stilling og omtvistet stilling, om A er kvalifisert for stillingen og om fortrinnsrett vil medføre vesentlig ulempe for virksomheten.

Nemndas begrunnelse

Nemnda har delt seg i et flertall og et mindretall. Flertallet, medlemmene Due, Eikeland, Nilsen og Grønvold, har kommet til at A ikke har fortrinnsrett til den omtvistede stillingen. Mindretallet, medlemmet Ingebretsen, har kommet til at A har fortrinnsrett til den omtvistede stillingen.

Nemnda har gjort disse vurderingene:

Er stillingen som barne- og ungdomsarbeider/miljøarbeider en utvidelse av A sin faste stilling?

Det går fram av lovens ordlyd at fortrinnsretten gjelder «utvidet stilling». For at det skal være en utvidet stilling må stillingen ha «om lag samme arbeidsoppgaver» som den deltidsansatte allerede utfører i sin faste stilling. Dette står i forarbeidene til arbeidsmiljøloven § 14-3 (Innst. O. nr. 100 for 2004-2005 pkt. 17.2) og er fast praksis i nemnda.

Nemndas flertall

Utlysningsteksten og partenes beskrivelser viser at As faste stilling og den utlyste stillingen har ulike arbeidsoppgaver og ansvar. As faste stilling er ved SFO og den utlyste stillingen er ved skolen. Til tross for at det er noe sammenfall i arbeidsoppgavene i de to stillingene, er det flere og andre oppgaver som ligger til stillingen i skolen enn i assistentstillingen i SFO. Flertallet viser til at stillingen i skolen er mer styrt mot enkeltelever og krever forberedelser før og etter arbeid i samarbeid med kontaktlærer og spesialpedagog.

Flertallet har kommet til at stillingen som barne- og ungdomsarbeider/miljøarbeider i skolen ikke har om lag samme arbeidsoppgaver som A sin faste stilling ved SFO og dermed ikke er en utvidelse av denne. Dette er i tråd med nemndas praksis, se vedtak 2/22 og 149/21. Flertallet viser også til dom fra Oslo tingrett av 11. august 2022, TOSL-2022-9094, hvor retten kom til at stillingen som skoleassistent ikke var en utvidelse av stillingen som aktivitetsskoleassistent.

Ettersom flertallet har kommet til at stillingen som barne- og ungdomsarbeider/miljøarbeider ikke er en utvidelse av A sin faste stilling, har A ikke fortrinnsrett og flertallet trenger ikke å ta stilling til om A er kvalifisert for den utlyste stillingen eller om en fortrinnsrett for A vil være til vesentlig ulempe for virksomheten.

Nemndas mindretall

Mindretallet viser til at kommunen i utlysningsteksten søker etter en som har fagbrev som barne- og ungdomsarbeider eller annen relevant utdanning og erfaring. Arbeidsoppgavene er blant annet å støtte elevene til utvikling og læring i et faglig og sosialt perspektiv i skolen og på SFO. Mindretallet finner ikke at det fremgår av utlysningsteksten at dette er en stilling

med arbeidsoppgaver som skiller seg sterkt fra As faste stilling. Kontaktperson for utlysningen er også avdelingsleder for SFO i tillegg til rektor.

Mindretallet har kommet til at stillingen som barne- og ungdomsarbeider/miljøarbeider i skolen og på SFO har om lag samme arbeidsoppgaver som A sin faste stilling som assistent ved SFO og dermed er en utvidelse av denne.

Er A kvalifisert for stillingen som barne- og ungdomsarbeider/miljøarbeider?

Mindretallet har kommet til at A er kvalifisert.

Det står i lovens forarbeider (Ot. Prp. Nr. 49 (2004-2005) pkt. 17.2.6) at man skal ta hensyn til både faglige og personlige forutsetninger når man vurderer om en arbeidstaker er kvalifisert for en stilling.

Arbeidsgiver anfører at A ikke har den formelle utdanningen stillingen krever og at hun ikke har de personlige forutsetningene for stillingen.

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

A har ikke avlagt fagprøven i utdanningen som barne- og ungdomsarbeider, men det er også opplistet mulighet for annen relevant utdanning og erfaring i utlysningsteksten. Mindretallet har etter en konkret vurdering kommet til at A er personlig egnet til stillingen. Mindretallet understreker at fortrinnsretten begrenser arbeidsgivers mulighet til å fritt 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. A har vært fast deltidsansatt ved skolens SFO siden 2019 og det er ikke dokumentert at A ikke har utført sine arbeidsoppgaver tilfredsstillende. Mindretallet har derfor kommet til at A ikke kan nektes fortrinnsrett med den begrunnelse arbeidsgiver gir om egnethet.

Ville innvilgelse av fortrinnsrett for A innebære vesentlige ulemper for B-kommune?

Mindretallet har kommet til at det ikke ville innebære vesentlige ulemper for B-kommune om A fikk fortrinnsrett til den utlyste stillingen som barne- og ungdomsarbeider/miljøarbeider i skolen og på SFO.

Det må gjøres en konkret vurdering av om utøvelse av fortrinnsretten gir urimelig utslag for virksomheten. Kravet til at ulempene må være «vesentlige» betyr at det ikke er nok med en generell ulempe. I forarbeidene til arbeidsmiljøloven § 14-3 (Ot. prp. nr. 49 (2004-2005) pkt. 17.2.6) nevnes det noen eksempler på hva som kan være vesentlige ulemper. Det kan være en ulempe å ikke få ansatt flere personer, eksempelvis for å unngå konflikt med

arbeidstidsbestemmelser. Fortrinnsretten kan gi ulemper for andre arbeidstakere, som flere ubekvemme vakter eller færre personer å dele arbeidet på.

Det er arbeidsgiver som må sannsynliggjøre at innvilgelse av fortrinnsretten vil innebære vesentlige ulemper.

Fortrinnsretten kan etter ordlyden også gjelde en del av en stilling. I tilfeller hvor fortrinnsretten gjelder en del av en stilling nevner forarbeidene (Prop. 57 L (2017-2018) punkt 7.3) noen eksempler på hva som kan være vesentlige ulemper. Det kan være problemer med å rekruttere kvalifiserte søkere til resten av en stilling eller at antallet deltidsansatte øker.

Utgangspunktet er at oppdeling av en stilling i seg selv er en ulempe for arbeidsgiver, og at det stilles relativt små krav til konkretisering av negative virkninger for at nemnda skal anse dem som vesentlige i lovens forstand. Alle ulempene må vurderes samlet og konkret i den enkelte sak.

Mindretallet har kommet til at ulempene ved å gi A fortrinnsrett til 50 prosent av den utlyste stillingen på 100 prosent ikke anses som vesentlige i denne saken. Ved å utvide As stilling ville arbeidsgiver sitte igjen med en full stilling og en stilling på 50 prosent, som er de samme stillingsprosentene som tidligere. Dette kan derfor ikke i seg selv anses som en vesentlig ulempe. Videre legger mindretallet til grunn at arbeidsgiver må påregne en viss form for opplæring når arbeidstaker får økt stilling til 100 prosent og at ulempene ved dette ikke anses som en vesentlig ulempe i lovens forstand.

Nemnda bemerker også at det er uheldig at arbeidsgiver ikke har drøftet spørsmålet med arbeidstakeren slik arbeidsmiljøloven § 14-3 fjerde ledd krever.

Tvisteløsningsnemnda

Anne Marie Due
Leder

10. mai 2024