



Tvisteløsningsnemnda

Vedtaksdato
07.11.2023

Vår referanse
2023/167

Saksbehandler
Anniken Sætran Hansen

VEDTAK NR 111/23 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Sakens tema

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

Vedtak

A hadde ikke fortrinnsrett etter arbeidsmiljøloven § 14-3.

Nemndas sammensetning

Anne Marie Due, leder

Ingrid Tordis Enoksen, UNIO, fast medlem arbeidstakersiden

Andreas Dag Nilsen, KS, fast medlem arbeidsgiversiden

Bente Schei Ystehede, UNIO bransjemedlem arbeidstakersiden

Øystein Mangset, Oslo kommune, bransjemedlem arbeidsgiversiden

Sakens bakgrunn

A er fast ansatt som adjunkt i stilling på 65 prosent i B- kommune, for tiden ved C skole. Hun har også ca. en 10 prosent stilling i kommunen som våken nattevakt i avlastningshjem for barn.

A ønsker en så høy stillingsprosent som mulig (ca. 85 prosent), på fire dager. På grunn av stillingen som avlastningshjem, må hun ha fri én dag i uken. Det er det samme hvilken dag hun har fri. A har søkt på alle lærerstillingene som har blitt lyst ut i 2023 i kommunen. Hun har også krevd fortrinnsrett til stillingene. I denne saken er det fire aktuelle stillinger A krever fortrinnsrett til:

- D skole, hovedutlysning for skoleåret 2023/2024 med søknadsfrist 28. februar 2023.
- D skole med søknadsfrist 3. mai 2023 – 1- 2 lærerstillinger i vikariat i ett år og 80 prosent prosjektstilling til grunnleggende norskopplæring for Ukrainske barn.
- E skole med søknadsfrist 13. juni 2023– en 100 prosent fast stilling og inntil 100 prosent vikariat i ett år.
- D skole med søknadsfrist 27. august 2023 – 100 prosent fast stilling.

I forbindelse med hovedutlysningen for skoleåret 2023/2024 for D skole, ga arbeidsgiver et tilbud om 80 prosent midlertidig stilling ved D skole, forutsatt at hun sa opp sin faste stilling ved C skole eller søkte om permisjon fra denne. A takket nei til tilbudet, da hun ikke ønsket å si opp sin faste stilling eller søke permisjon fra denne.

Videre ga kommunen i brev av 25. April 2023 A tilbud om økning av stillingen med omkring 6 prosent for skoleåret 2023/ 2024 ved C skole. Arbeidsgiver opplyste samtidig at hun ville få førsterett på ledige vikartimer ved C og andre skoler i kommunen. Til sammen ville hun få en stilling på 75-80 prosent. Dette er den største stillingsprosenten som kan forventes i skolen innenfor fire dager. A har takket ja til dette tilbudet.

I forbindelse med søknaden på stillingen ved D skole med frist 27. august 2023, ga B- kommune i brev av 7. september 2023, tilbud om en 100 prosent fast stilling fordelt på fem dager. A takket ja til 80 prosent av denne stillingen. Hun fikk imidlertid beskjed om at hun bare kunne takke ja til hele stillingen på 100 prosent fordelt på fem dager, jf. E-post av 13. September 2023 fra arbeidsgiver. Per 21. september 2023 er det ikke ansatt noen andre i denne stillingen.

Sakens dokumenter

A sendte saken til nemnda den 20. juli 2023.

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

A har sendt følgende til nemnda:

- brev av 20. juli 2023
- brev av 5. september 2023
- brev av 28. september 2023
- brev av 29. september 2023
- brev av 5. oktober 2023

B- kommune har sendt følgende til nemnda:

- brev av 10. august 2023
- brev av 21. september 2023
- brev av 9. oktober 2023

Arbeidsgivers syn på saken

B- kommune gjør gjeldende at enkelte av kravene må avvises som for sent fremsatt. Videre hevder arbeidsgiver at A ikke har fremmet krav på alle stillingene som saken gjelder og at kommunen ved å tilby A 100 prosent stilling har oppfylt sine forpliktelser etter bestemmelsen. Kommunen hevder også at innvilgelse av fortrinnsrett til deler av den utlyste stillingen ved B- skole med søknadsfrist 27. august 2023, vil innebære en vesentlig ulempe for virksomheten.

Deler av kravene er ikke sendt innen fristen

B- kommune gjør gjeldende at følgende krav er sendt inn for sent:

- D skole hovedutlysning for skoleåret 2023/2024 – avslag sendt 3. mai 2023.
- D skole med søknadsfrist 3. mai 2023- avslag sendt 7. juni 2023.
- E skole med søknadsfrist 13. juni 2023- avslag sendt 21. juni 2023.

For avslagene som gjelder D skole, vises det til melding fra Webcruiter som viser at det er sendt tilbakemelding til A de ovennevnte datoene. For avslaget som gjelder E skole, vises det til SMS fra rektor ved E skole 21. Juni 2023, hvor det sto følgende: «... Jeg har kommet til at du ikke får tilbud på E skole på nåværende tidspunkt ...».

Ikke fremmet krav på alle de aktuelle stillingene

Kommunen gjør gjeldende at det ikke kommer frem av søknadene at A har krevd fortrinnsrett på stillingene i hovedutlysningen for skoleåret 2023/2024 og D skole med søknadsfrist 3. mai 2023. A har kun skrevet i søknadene at hun ønsker en større stilling ved C skole.

Kommunen har oppfylt sine forpliktelser etter arbeidsmiljøloven § 14-3

Kommunen gjør gjeldende at de har oppfylt sine forpliktelser etter arbeidsmiljøloven § 14-3, da A har fått tilbud om tre ulike stillingsutvidelser. Det er fremsatt følgende tilbud

- 80 prosent midlertidig stilling ved D skole.
- 6 prosent midlertidig stilling (skoleåret 2023/2024) ved C skole, i tillegg til førsterett på ledige vikartimer.
- 100 prosent fast stilling fordelt på fem dager ved D skole.

Innvilgelse av fortrinnsrett til deler av stillingen på 100 prosent ved D skole med søknadsfrist 27. august 2023, vil innebære en vesentlig ulempe for virksomheten

Kommunen hevder det vil føre til redusert tilgjengelighet og styringsrett på grunn av As krav om én fridag i uken for å kunne arbeide hos biarbeidsgiver. A har i dag tre ulike stillinger:

- 65 prosent fast ved C skole (og 7,5 prosent vikariat)
- ca. 30- 50 prosent stilling som daglig leder ved Nico-grillen
- 10 prosent som avlastningshjem for barn i B- kommune.

I tillegg deltar A i gårdsdriften hjemme. Arbeidsgiver presiserer at de har rett til å fastsette den ansattes arbeidsplan, og at de ikke kan ta hensyn til et fast krav om en fridag på grunn av en annen fast stilling. Arbeidsgiver må også kunne endre den ansattes arbeidsplan med 14 dagers varsel. Et absolutt krav om en fast fridag i uken reduserer arbeidsgivers muligheter til å organisere den samlede aktiviteten på skolen.

Kommunen viser også til at innvilgelse av fortrinnsrett til deler av stillingen vil føre til flere deltidsstillinger. Det er vanskelig å rekruttere arbeidstakere til små stillinger. Små stillinger gir heller ikke tilstrekkelig relasjon og kontinuitet mellom lærer og elever, noe som er grunnleggende for elevenes læring og trivsel, og det er ikke i samsvar med kommunens fokus på heltidskultur.

For øvrig viser kommunen til at det ikke er praktisk mulig å tilrettelegge for A sine krav. D skole har organisert sin skoleuke med to korte dager, onsdager og fredager, med tre og fire undervisningstimer. Planfestet tid til samarbeid, teammøter og pedagogisk utviklingstid skjer på disse dagene etter undervisningen. Det er viktig at lærerne er til stede og deltar i dette arbeidet. En fridag i uken, vil dermed måtte bli lagt til en av de andre ukedagene. Det innebærer at A må ta fri en dag med full undervisning (seks timer). En 100 prosent lærerstilling har 26 undervisningstimer. Den teoretisk største stillingen som er mulig i dette tilfellet utgjør 19 undervisningstimer, noe som tilsvarer en stilling på 73 prosent.

Videre er det et puslespill å legge timeplanen ved en skole. D skole har 16 klasser og nærmere 40 ansatte. Det er mange hensyn som må tas, som blant annet hensynet til fag, timefordeling, elevenes beste, spesialundervisning, spesialrom og ansattes ønsker. I dette tilfellet vil man måtte låse en dag som undervisningsfri og i tillegg må de resterende 19 timene fordeles på fire dager.

Arbeidstakers syn på saken

A gjør gjeldene at hun har fortrinnsrett til deler av stillingene. Hun anfører at kravene er sendt inn innen fristen. Arbeidsgiver har ikke oppfylt sine forpliktelser etter bestemmelsen ved å gi henne andre tilbud, samt at innvilgelse av fortrinnsrett til deler av den utlyste stillingen ved B- skole med søknadsfrist 27. august 2023, ikke ville innebære en vesentlig ulempe for virksomheten.

Kravene er sendt inn innen fristen

Når det gjelder stillingen ved E skole, hevder A at avslaget som ble sendt per SMS 21. juni 2023, ikke kan anses som et formelt skriftlig avslag. Ettersom det er en offentlig stilling, må ansettelsesprosessen følges og avslag kan ikke forskutteres via SMS. Hovedtillitsvalgte i ansettelsesutvalget fikk tilsendt innstillingen per e-post den 27. juni 2023, der vedlegget med selve innstillingen er datert 23. juni 2023.

I e-posten fikk også hovedtillitsvalgte beskjed om å gi en tilbakemelding på innstillingen. Ansettelsesprosessen er ikke avsluttet før den endelige innstillingen foreligger. I dette tilfellet endret ansettelsen seg helt i slutfasen, da arbeidsgiver bestemte seg for å dele opp stillingen i to mindre stillinger. Det er god forvaltningsskikk å forholde seg til datoen den endelige innstillingen foreligger i ansettelsesutvalget. Avslaget ble derved gitt den 27. juni 2023.

Den 28. juni 2023 sendte fagforeningen på vegne av A saken til Sivilombudet. De fikk beskjed om de måtte sende saken til Tvisteløsningsnemnda. På grunn retningslinjene til nemnda for innsending av dokumentasjon og ferie, tok det tid før saken ble sendt til Tvisteløsningsnemnda.

Kommunen har ikke oppfylt sine forpliktelser etter arbeidsmiljøloven § 14-3

A viser til at hun kun har fått utvidet sin faste stilling med 6 prosent for skoleåret 2023/2024. Kommunens tilbud var i tillegg at hun skulle ta vikartimer på ca. 10 prosent, noe som ikke er gjennomførbart i en langstrakt kommune med store avstander mellom skolene. Tilbudet på 100 prosent fordelt på fem dager oppfyller heller ikke kommunens forpliktelser, da A ønsker høyest mulig stilling fordelt på fire dager.

Innvilgelse av fortrinnsrett vil ikke være til vesentlig ulempe for virksomheten

A har forståelse for at det vil være en ulempe for arbeidsgiver og elever dersom de ansetter en kvalifisert lærer i 80 prosent stilling kontra en kvalifisert lærer i 100 prosent stilling. Det bør derfor avklares om det er tilstrekkelig å hevde at det er til vesentlig ulempe i de tilfellene hvor den ansatte kun tiltrer deler av en stilling.

Det vil ikke føre til redusert tilgjengelighet og styringsrett for kommunen, ettersom hun er fleksibel med hensyn til hvilken dag hun må ha fri. Det er vanlig at en lærer arbeider 80 prosent fordelt på fire dager i undervisningsstillinger i kommunen og i landet for øvrig.

A hevder også at flere deltidsstillinger, ikke innebærer en vesentlig ulempe. Kommunen har tidligere delt opp en 100 prosent stilling i to mindre stillinger.

A bestrider også at organiseringen av skoleuken gjør det praktisk vanskelig å tilrettelegge for hennes krav. Ved D skole er det kun 1-3. trinn som har halv dag på fredager (tre timer), mens alle elvene har kort dag på onsdager (fire timer). En 100 prosent stilling har 26 undervisningstimer i uken og 80 prosent stilling har derved 20,8 undervisningstimer i uken. Det er dermed ikke vanskelig å fylle opp timene. A bemerker at hun uansett vil foretrekke en 73 prosent fast stilling fremover en 65 prosent fast stilling.

Årsaken til at hun har flere arbeidsgivere er for å få en samlet stillingsprosent som det er økonomisk mulig å leve av, nettopp fordi hun ikke har fått økt sin stilling i kommunen

Lovgrunnlag og hva partene er uenige om

Tvisteløsningsnemnda 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 enkelte av kravene er fremmet innen fristen, om kommunen har innvilget kravet, og om innvilgelse av fortrinnsrett vil medføre vesentlig ulempe for virksomheten. Nemnda legger til grunn at partene er enige om at de øvrige vilkårene i bestemmelsen er oppfylt og går ikke nærmere inn på dette.

Nemndas begrunnelse

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

Nemnda har gjort disse vurderingene:

Har A sendt inn deler av kravene for sent?

Nemnda har kommet til at enkelte av kravene er sendt inn for sent og disse må avvises.

Det står i arbeidsmiljøloven § 17- 2 a første ledd at saken må sendes til nemnda senest fire uker etter at arbeidstaker fikk skriftlig avslag fra arbeidsgiver.

Arbeidstaker er selv ansvarlig for å bringe inn saken til rett instans innenfor fristen, uavhengig av krav til dokumentasjon. Det er ikke uenighet mellom partene om at kravet for D skole med frist 27. august 2023, ikke er fremmet innen fristen. Nemnda vil dermed kun vurdere om de tre øvrige kravene er fremmet innen fristen.

D skole, hovedutlysning for skoleåret 2023/2024 med søknadsfrist 28. februar 2023

Arbeidstaker har opplyst at hun fikk avslag på sin søknad i brev fra arbeidsgiver datert 27. april 2023. Arbeidsgiver viser til at avslaget ble mottatt 3. mai 2023. Fristen for å fremme saken for Tvisteløsningsnemnda utløp dermed 25. mai 2023 eller 31. mai 2023. Saken ble fremmet for Tvisteløsningsnemnda i brev datert 20. juli 2023 og er dermed ikke sendt innen fristen.

D skole med søknadsfrist 3. mai 2023

Arbeidsgiver har opplyst om at A mottok avslag på sin søknad den 7. juni 2023. Dette er ikke bestridt av arbeidstaker, og nemnda legger derfor denne datoen til grunn. Fristen for å fremme saken for nemnda utløp dermed 5. juli 2023. Saken ble fremmet for Tvisteløsningsnemnda 20. juli 2023, og er dermed for sent fremsatt.

E skole med søknadsfrist 13. juni 2023

Avslag på søknaden ble sendt per SMS fra rektor ved E skole den 21. juni 2023. Arbeidstaker hevder at avslaget først ble gitt da hovedtillitsvalgte mottok innstillingen den 27. juni 2023. Slik saken er opplyst, har fagforeningen sendt inn et generelt krav om fortrinnsrett på vegne av A. I tillegg har A sendt inn en egen søknad på den konkrete stillingen via søknadsportalen Webcruiter.

Fristen begynner å løpe fra arbeidstaker mottok arbeidsgivers skriftlige avslag. Nemnda har kommet til at arbeidsgivers SMS må regnes som et skriftlig avslag fra arbeidsgiver, da det i denne kommer klart frem at A ikke ble tilbudt stillingen. At hovedtillitsvalgte ikke fikk innstillingen før 27. juni 2023, er ikke avgjørende for om SMS-en kan betraktes som et

skriftlig avslag. Fristen for å fremme saken for nemnda utløpt dermed 19. juli 2023. Saken ble fremmet for Tvisteløsningsnemnda 20. juli 2023, og saken er for sent fremsatt.

Nemnda bemerker at SMS oppfyller kravet til et skriftlig avslag, men at arbeidsgiver i fremtiden bør gi avslag på en mer formell måte.

Konklusjon

Kravene som gjelder fortrinnsrett ved D skole (hovedutlysning), D skole med frist 13. juni 2023 og ved E skole, avvises etter arbeidsmiljøloven § 17-2 a første ledd fordi de er sendt inn for sent.

Nemndas videre vurdering gjelder stillingen på 100 prosent ved D skole med søknadsfrist 27. august 2023.

Har kommunen oppfylt sine forpliktelser etter arbeidsmiljøloven § 14-3?

Nemnda har kommet til at kommunen har oppfylt sine forpliktelser etter arbeidsmiljøloven § 14-3 ved å tilby en stilling på 100 prosent ved D skole. Nemnda viser til at et av formålene med bestemmelsen er å motvirke uønsket deltid. Ved å tilby arbeidstaker en 100 prosent stilling har arbeidsgiver oppfylt formålet med bestemmelsen. 100 prosent stilling er også i samsvar med arbeidstakers ønsker, jf. As opplysninger om at årsaken til at hun har flere jobber, er å få en samlet stillingsprosent som det er økonomisk mulig å leve av og fordi hun ikke har fått økt sin nåværende stilling i kommunen. Nemnda har derfor kommet til at arbeidstaker ikke kan få medhold i sitt krav.

Da arbeidsgiver har oppfylt sin plikt etter bestemmelsen, er det ikke nødvendig å vurdere om innvilgelse av fortrinnsrett til deler av stilling vil medføre vesentlig ulempe for virksomheten.

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

Nemndas konklusjon

A hadde ikke fortrinnsrett etter arbeidsmiljøloven § 14-3.

Tvisteløsningsnemnda

Anne Marie Due
Leder

7. november 2023