

## **VEDTAK NR 162/17 I TVISTELØSNINGSNEMNDA**

**Tvisteløsningsnemnda avholdt møte torsdag 29. juni 2017.**

Ved behandlingen av saken var tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

**Faste medlemmer**

Sigrun Sagedahl, nestleder  
Tore Trygve Dahlstrøm, Unio  
Silje Stadheim Almestrand, NHO

**Saken gjelder**

Tvist om fortrinnsrett for deltidsansatte etter arbeidsmiljøloven § 14-3

**Arbeidstaker**

A

**Arbeidsgiver**

B Montessori

## **Det ble truffet slikt vedtak:**

### **Saksforhold**

A er ansatt som førskolelærer i stilling på 60 prosent hos B Montessori, X Montessori barnehage. X Montessori barnehage og skole er to stiftelser som samarbeider tett og deler bygningsmasse. Skolen og barnehagen er to ulike virksomheter med ulike organisasjonsnummer.

Det ble lyst ut en ledig vikariatstilling som «førskolelærer med Montessori utdanning eller erfaring (AMI)» før jul 2016. Det var ikke angitt varighet for vikariatet, men det ble oppgitt mulighet for fast ansettelse. Stillingen var ønsket besatt fra medio januar 2017. I den interne utlysningen var stillingen benevnt som «pedagogisk leder». A hevdet fortrinnsrett til stillingen 18. desember 2016. Det ble avtalt drøftingsmøte den 3. januar 2017. Dette ble avlyst på grunn av at arbeidstaker ble sykemeldt.

Skolen informerte i e-post 20. januar 2017 om at de hadde fått få kvalifiserte søkere og at vikariatet derfor ble trukket tilbake. Arbeidsgiver flyttet en ansatt som hadde permisjon fra sin stilling i barnehagen for å jobbe ved den tilknyttede Montessoriskolen, tilbake fra permisjonen for å dekke behovet i barnehagen. Permisjonen var planlagt å vare til 30. juni 2017. Vedkommende er ikke ansatt som pedagogisk leder i barnehagen og er ikke utdannet førskolelærer, men innehar Montessorikompetanse. Arbeidsgiver opplyser at vedkommende vil dekke behovet som pedagogisk lærer sammen med en annen ansatt med utdanning som førskolelærer.

Saken ble brakt inn for tvisteløsningsnemnda ved e-post av 8. februar 2017. Overfor nemnda har begge parter fått anledning til å komme med utfyllende merknader i saken.

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidstaker:

- e-post av 8. februar 2017 med vedlegg
- brev datert 19. april 2017
- e-post av 20. juni med vedlegg

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- e-post av 21. mars 2017 med vedlegg
- brev datert 6. juni 2017
- e-postkorrespondanse 8.-16. juni 2017

### **Arbeidstakers anførsler**

A opplever seg forbigått ved at den ledige stillingen i barnehagen dekkes av en Montessoripedagog uten barnehagelærerutdanning og anfører i det vesentligste:

Hun anfører videre at arbeidsgiver bryter barnehagelovens krav om pedagogisk bemanning ved å flytte den andre ansatte fra skolen til barnehagen. Hun anfører også at arbeidsgiver har brutt arbeidsmiljøloven § 4-2 ved at påstandene om at hun ikke er personlig egnet for stillingen ikke er dokumentert eller tatt opp tidligere.

A anfører at hun er kvalifisert for stillingen som pedagogisk leder selv om hun er ansatt som førskolelærer. Hun har erfaring som pedagogisk leder ved andre barnehager og har også

jobbet som daglig leder i barnehage. Hun anfører også at hun har utført mange av oppgavene som pedagogisk leder gjør, alene og sammen med tidligere pedagogisk leder. Det anføres også at skillene mellom pedagogisk leder og barnehagelærer ikke er så store som arbeidsgiver beskriver. Hennes erfaring er at skillet har vært flytende og at man deler på arbeidsoppgaver etter behov.

A anfører at arbeidsgiver forsøker å omgå hennes fortrinnsrett etter arbeidsmiljøloven § 14-3 ved å trekke tilbake stillingen. Det anføres videre at det fortsatt er behov for pedagogisk kompetanse i barnehagen. Dette dokumenteres av at arbeidsgiver har lyst ut stillingen på nytt med søknadsfrist i mai.

Hun har søkt hele den utlyste stillingen, og anfører at arbeidsgiver kunne gitt henne permisjon fra hennes faste stilling på 60 prosent, slik de har gjort for vedkommende som fikk vikariatet. Videre anfører hun at stillingen åpner for mulighet til fast ansettelse, slik at hun måtte hevde fortrinnsrett for å ha en reell mulighet til full fast stilling.

### **Arbeidsgivers anførsler**

B Montessori anfører i det vesentligste at det ikke er foretatt noen ny ansettelse i § 14-3s forstand, og at A dermed ikke har fortrinnsrett. Det anføres i det vesentligste:

Det anføres at det kun er foretatt en omdisponering av ansatte, da en fulltidsansatt som har hatt permisjon har kommet tilbake til sin opprinnelige stilling i barnehagen. Vedkommende er ikke førskolelærer, men innehar Montessorikompetanse, og fyller arbeidsgivers krav til stillingen som pedagogisk leder sammen med en annen ansatt. Det er en annen ansatt som innehar kompetansen som pedagogisk leder. Det vises til juridisk litteratur og forståelsen av begrepet «ny ansettelse» i arbeidsmiljøloven § 14-2, som bør forstås likt som i arbeidsmiljøloven § 14-3.

Det anføres videre at ansvarsområdet som pedagogisk leder innebærer en betydelig ansvarsutvidelse sammenlignet med As nåværende stilling, og at dette dermed ikke kan regnes som «om lag de samme arbeidsoppgaver om den deltidsansatte allerede utfører», jf. Innst. O. nr. 100 (2004-2005) punkt 17.2. Det er ledelsesaspektet som er den sentrale forskjellen på stillingene, ledelse av de pedagogiske innholdet for barna, samarbeid med foreldrene og ledelse av personalgruppen. As egnethet er vurdert opp mot stillingen som pedagogisk leder, til forskjell fra hennes faste stilling som barnehagelærer.

Arbeidsgiver anfører videre at arbeidstaker i henhold til Høyesteretts dom HR-2016-0867-A, må akseptere hele den utlyste stillingen. Dette ville medføre at hun måtte si opp sin faste deltidsstilling, og at denne måtte vurderes utlyst. Arbeidsgiver mener tvisteløsningsnemndas vedtak 21/09, 45/07 og 20/07 må revurderes i lys av dommen.

Arbeidsgiver anfører at den beste løsningen i denne saken var å bruke interne ansatte.

### **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). I henhold til forskrift om tvisteløsningsnemnd etter arbeidsmiljøloven § 2 settes nemnda med nestleder og to faste medlemmer.

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). Ved vurderingen av om arbeidstaker er kvalifisert kan det, i henhold til lovens forarbeider, tas hensyn til både faglige og personlige forutsetninger.

Det presiseres i forarbeidene til bestemmelsen (Innst. O. nr. 100 for 2004-2005 pkt. 17.2) at fortrinnsretten til utvidelse etter § 14-3 gjelder stillinger med om lag de samme arbeidsoppgaver som den deltidsansatte allerede utfører. Dette er også lagt til grunn i nemndas praksis, og fremgår også av lovens ordlyd som omtaler at fortrinnsretten gjelder «utvidet stilling». A er ansatt som førskolelærer/barnehagelærer. Det utlyste vikariatet gjaldt en stilling som pedagogisk leder. Selv om stillingene krever de samme formelle kvalifikasjonene og innebærer en del av de samme oppgavene, mener nemnda at dette ikke kan betraktes som en utvidelse av As stilling som førskolelærer/barnehagelærer. Det legges vekt på arbeidsgivers anførsel om at det er ledelsesaspektet som er den sentrale forskjellen på stillingene, ledelse av de pedagogiske innholdet for barna, samarbeid med foreldrene og ledelse av personalgruppen. Arbeidsgivers vurdering av søkere til en stilling som barnehagelærer og pedagogisk leder vil være ulik, og nemnda har derfor kommet til at fortrinnsretten etter arbeidsmiljøloven § 14-3 ikke kommer til anvendelse i denne saken. A kan derfor ikke få medhold i sitt krav om fortrinnsrett, og det er dermed ikke nødvendig for nemnda å ta stilling til de øvrige spørsmål som tvisten reiser; herunder om det er foretatt en ny ansettelse eller hvorvidt A er kvalifisert for stillingen som pedagogisk leder.

### **Konklusjon**

Arbeidstaker gis ikke medhold.

Tvisteløsningsnemnda

Sigrun Sagedahl  
nestleder

30.06.2017

### **Til orientering:**

Tvister som nevnt i §§ 10-13, 12-14, 14-3 og 14-4a 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).