

VEDTAK NR 85/17 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Twisteløsningsnemnda avholdt møte tirsdag 21. mars 2017.

Ved behandlingen av saken var tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Steffen G. Rogstad, nestleder
Tore Trygve Dahlstrøm, Unio
Gry Brandshaug Dale, KS

Saken gjelder

Twist om fortrinnsrett for deltidsansatte etter arbeidsmiljøloven § 14-3

Arbeidstaker

A

Arbeidsgiver

B

Det ble truffet slikt vedtak:

Saksforhold

A er fast ansatt i stilling på 53,33 prosent som lektor med opprykk hos B, for tiden med arbeidssted X videregående skole, hvor hun underviser i rettslære. Hun har i tillegg til sin faste stilling et vikariat på 9,85 prosent for skoleåret 2016-2017, hvor hun underviser i samfunnsfag.

A søkte 26. mai 2016 på utlyst, fast stilling på 45 prosent som rådgiver ved X videregående skole, og fremsatte i den forbindelse krav om fortrinnsrett på grunn av ufrivillig deltid. Det ble opplyst i utlysningen at funksjonen som rådgiver kombineres med undervisning og at ulike fagkombinasjoner kan være aktuelle.

Stillingen ble delt mellom to interne søkere som var ansatt i rådgiverstillinger fra før. Begge hadde kombinert sine rådgiverstillinger med undervisning og var allerede ansatt i fulle stillinger. Dette ble opplyst A i e-post av 12. august 2016.

A etterlyste svar på søknaden i brev av 29. august 2016. Hun klaget i brevet på at hun ikke var blitt innkalt til drøfting vedrørende fortrinnsrett og at det var foretatt saksbehandlingsfeil i forhold til kvalifikasjonskrav for stilling. Hun opplyste også at hun var villig til å diskutere andre arbeidsoppgaver.

Arbeidsgiver besvarte brevet 2. september 2016 med at det var behov for å klarlegge flere forhold og at det kunne bli behov for et møte. 16. september 2016 ble A invitert til en samtale den 23. september 2016, vedrørende tilsetningsprosessen. Arbeidsgiver sendte også et brev den 19. september 2016, hvor de beklaget at rutiner for drøfting med søkere som hevdet fortrinnsrett ikke var gjennomført, og opplyste om at to allerede tilsatte rådgivere ved skolen hadde blitt tildelt stillingen etter en vurdering av kvalifikasjoner. Arbeidsgiver så imidlertid ikke at det var grunnlag for å hevde at utfallet ville blitt annerledes dersom det var gjennomført drøftinger i saken.

Det ble avholdt møte den 23. september 2016, hvor arbeidsgiver redegjorde for gjeldende rutiner for vurdering av fortrinnsrett. A hevdet fortrinnsrett til stillingen som rådgiver, samt at hun primært ønsker utvidelse til full stilling, uavhengig av oppgaver. Referat fra møtet er datert 27. september 2016.

I brev av 27. september 2016 avslo arbeidsgiver As krav om utvidet stilling og erstatning. Begrunnelsen var at de ikke anså henne kvalifisert for stillingen som rådgiver da hun ikke innehar kompetanse innen veilednings- eller spesialpedagogikk. De informerte om at hun har rett til å kreve forhandlinger i henhold til arbeidsmiljøloven § 17-3, og inviterte til forhandlingsmøte 12. oktober 2016. Møtet ble gjennomført, og det var blant annet tema om stillingene hadde «om lag de samme arbeidsoppgavene». Partene kom ikke til enighet i forhandlingsmøtet.

Saken ble brakt inn for tvisteløsningsnemnda ved brev datert 24. oktober 2016, poststemplett 25. oktober 2016. Overfor nemnda har begge parter fått anledning til å komme med utfyllende merknader i saken.

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidstaker:

- brev av 24. oktober 2016
- e-post av 28. desember 2016
- brev av 6. februar 2017

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev av 6. desember 2016
- brev av 16. januar 2017

Arbeidstakers anførsler

A anfører i det vesentligste at hun har krav på fortrinnsrett etter arbeidsmiljøloven § 14-3 og Hovedtariffavtalen punkt 2.3.1.

Det anføres at fortrinnsretten ble avvist i brev av 27. september 2016, mottatt 3. oktober 2016, og at saken dermed er rettidig fremmet.

A hevder at hun er kvalifisert for den utlyste stillingen. Kravet til formalkompetanse er i utlysningen satt som ønskelig, og kravet kan da ikke regnes som obligatorisk. Hun hevder videre at en av de som er tilsatt i stillingen ikke innehar formalkompetansen for stillingen, selv om vedkommende allerede innehar tilsvarende stilling. Hun hevder videre at de andre søkerne allerede hadde fulle stillinger ved skolen, men at ressursene ble omdisponert, slik at disse ikke hadde fortrinnsrett som deltidsansatte.

Det anføres at det foreligger flere saksbehandlingsfeil ved vurdering av fortrinnsretten, herunder at det ikke ble gjennomført drøfting, at A ikke ble innkalt til intervju samt at vilkåret «om lag de samme arbeidsoppgavene» ikke var drøftet og vurdert. Hun anfører at rådgivere rekrutteres blant lærerne og at oppgavene kombineres med undervisning. Videre gjelder de samme kvalifikasjonskravene for begge stillingene.

Manglende drøfting medførte at arbeidsgiver ikke vurderte andre mulige løsninger for å utvide As stilling.

Avslutningsvis anføres det at saken ikke var tilstrekkelig opplyst før vedtak om prøveordning i den utlyste stillingen ble fattet, jf. forvaltningsloven § 17. Arbeidstaker mener det er grunn til å regne med at feil har virket bestemmende på vedtakets innhold og vedtaket er dermed ugyldig, jf. forvaltningsloven § 4.

Arbeidsgivers anførsler

B anfører i det vesentligste at A ikke er kvalifisert for den utlyste stillingen som rådgiver. A innehar ikke kompetanse innen veilednings- eller spesialpedagogikk.

Arbeidsgiver anfører at A ble meddelt muntlig og i e-post av 12. august 2016 at stillingen ble fordelt mellom to interne søkere, som en forsøksordning for skoleåret 2016-2017. Arbeidsgiver anfører at begge søkerne som ble tilsatt var formelt kvalifisert.

Arbeidsgiver anfører videre at stillingene ikke har om lag de samme arbeidsoppgaver, da As faste stilling er en ren undervisningsstilling, men den utlyste stillingen består av rådgivning, veiledning og oppfølging av tilrettelegging for elever etc.

Tvistløsningsnemndas merknader

Tvist mellom arbeidsgiver og arbeidstaker om fortrinnsrett for deltidsansatte kan bringes inn for tvisteløsningsnemnda, jf. arbeidsmiljøloven § 17-2 (1) og § 14-3 (4). Det bemerkes innledningsvis at nemnda ikke har myndighet til å fatte vedtak etter Hovedtariffavtalen, og derfor ikke kan ta stilling til om det foreligger brudd på hovedtariffavtalens regelverk om fortrinnsrett.

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

Arbeidstaker brakte saken inn for tvisteløsningsnemnda ved brev poststempelt 27. oktober 2016. Ny forskrift om tvisteløsningsnemnd etter arbeidsmiljøloven trådte i kraft den 28. oktober 2016. Fristspørsmålet må derfor i denne saken vurderes i forhold til tidligere forskrift om tvisteløsningsnemnd etter arbeidsmiljøloven, som gjaldt da saken ble brakt inn for nemnda.

Frist for å bringe saken inn for tvisteløsningsnemnda ifølge den gamle forskriften var «senest innen fire uker etter at arbeidsgiver avslø krav fra arbeidstaker.», jf. § 3 (3). Det fremgår av sakens dokumenter at A fikk kunnskap om at hennes søknad om fortrinnsrett ikke var innvilget ved e-post av 12. august 2016. Det fremgår imidlertid at arbeidsgiver i brev av 2. september 2016 opplyser at det var behov for å klarlegge flere forhold og åpner for et senere møte. Dette skaper etter nemndas mening en berettiget forventning hos arbeidstaker om at saken ikke er endelig avgjort, og fristen begynner dermed ikke å løpe før etter det avsluttende forhandlingsmøtet 12. oktober 2016. Nemnda anser dermed saken som rettidig fremmet i henhold til gammel forskrift, og saken tas derfor opp til realitetsbehandling.

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 lektor med opprykk, og underviser i sin faste stilling i rettslære. Den utlyste stillingen som rådgiver kan ikke sies å innebære samme arbeidsoppgaver som en undervisningsstilling, og kan dermed ikke betraktes som en utvidelse av As faste stilling. Fortrinnsretten etter arbeidsmiljøloven § 14-3 kommer derfor ikke til anvendelse i denne saken, og A kan ikke få medhold i sitt krav om fortrinnsrett.

Det er etter dette ikke nødvendig for nemnda å ta stilling til om A var kvalifisert for stillingen som rådgiver, eller hvorvidt det er foretatt en «ny ansettelse» som utløser fortrinnsrett i denne saken.

Nemnda vil avslutningsvis bemerke at det er uheldig at arbeidsgiver ikke har gjennomført drøftinger i henhold til arbeidsmiljøloven § 14-3 (3).

Konklusjon

Arbeidstaker gis ikke medhold.

Tvisteløsningsnemnda

Steffen G. Rogstad
nestleder

23.03.2017

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).