



Tvisteløsningsnemnda

Vedtaksdato
18.12.2024

Møtedato
12.12.2024

Vår referanse
2024/156

Saksbehandler
Gunnhild Skrøvseth

SAK NR 116 /24 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Sakens tema

Tvist om fortrinnsrett for deltidsansatte etter arbeidsmiljøloven § 14-3.

Arbeidstaker

A

Arbeidsgiver

B-kommune

Vedtak

A får ikke medhold i sitt krav om fortrinnsrett til den utlyste stillingen som skole og AKS-assistent, etter arbeidsmiljøloven § 14-3.

Nemndas sammensetning

Anne Marie Due, leder

Silje Hassellund Solberg, LO, fast medlem arbeidstakersiden

Andreas Dag Nilsen, KS, fast medlem arbeidsgiversiden

Sakens bakgrunn

A har vært fast deltidsansatt som assistent i 66,67 stilling i B-kommune siden n 01.03.2011. For tiden arbeider hun ved tjenestested [avdeling 1] ved [avdeling 2].

B-kommune [avdeling 1] utlyste en fast heltidsstilling som skole- og AKS-assistent, [avdeling 2] trinn 1-2, med søknadsfrist 24.05.2024. A og en annen fast deltidsansatt ved AKS søkte på stillingen, og begge ble innkalt til intervju. I møte 23.08.2024 opplyste arbeidsgiver at A ikke fikk stillingen, og at den andre interne deltidsansatte ble ansatt med fortrinnsrett til stillingen. A ble ikke vurdert som kvalifisert for stillingen.

Arbeidsgiver har senere endret begrunnelsen for ansettelsen av den andre interne søkeren. Arbeidsgiver opplyser at hun ikke ble ansatt etter reglene om fortrinnsrett, men fordi hun var best kvalifisert til stillingen.

I stillingsutlysningen er det søkt etter noen med svært gode skriftlige og muntlige norskkunnskaper og gode IKT-kunnskaper.

Arbeidsoppgaver tillagt stillingen i henhold til stillingsutlysningen:

- bistå pedagogisk personale i sosial og faglig oppfølging av enkeltelever og elevgrupper
- ha tilsyn og aktivisere elever i friminutt
- delta på turer/uteskole/ekskursjoner
- gjennomfører planlagte læringsaktiviteter og daglige rutiner på AKS.
- være en aktiv deltager i barnas lek og bygge sterke relasjoner over tid

A har i sin stilling som deltidsansatt på AKS oppgaver knyttet til å føre barna inn og ut, arrangere leker i klasserommet og lede aktiviteter som håndarbeidsgrupper for større og mindre grupper.

A er ringevikar og har vært brukt som [skole]assistentvikar gjennomsnittlig 1,4 timer i måneden de siste tre årene.

Sakens dokumenter

A brakte saken inn for Tvisteløsningsnemnda i brev av 25.06.2024.

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

A har sendt følgende til nemnda:

- brev av 25.06.2024
- brev av 13.09.2024
- brev mottatt 15.10.2024

Arbeidsgiver har sendt følgende til nemnda:

- brev av 23.08.2024
- brev av 25.09.2024
- brev av 03.10.2024
- brev fra 02.12.2024

Arbeidsgivers syn på saken

B-kommune [avdeling 1] hevder at A ikke kan få medhold i sitt krav og viser til følgende:

Om arbeidsoppgavene i den faste deltidsstillingen og den utlyste stillingen

Arbeidsgiver viser til dom fra Oslo tingrett 11.08.2022 der retten foretok en konkret vurdering av arbeidsoppgaver som den deltidsansatte utfører i sin faste stilling opp mot den konkrete stillingen arbeidstaker har krevd fortrinnsrett til. Arbeidsgiver hevder at arbeidstakers faste assistentstilling på AKS skiller seg fra stillingen som skole og AKS-assistent i en slik grad at det ikke er samme stilling.

Arbeidsgiver viser til at forskjellen mellom skole- og AKS-assistent går frem av stillingsutlysningen: «Arbeidet består i å følge opp elever faglig og sosialt under læreres veiledning i skoletiden, og innebærer ansvar for elevgrupper i AKS-tiden». Arbeidsgiver opplyser at aktivitetene på AKS i stor grad bærer preg av lek, med noen læringsstøttende aktiviteter. Skoleassistentene bistår lærere og andre ansatte på skolen, først og fremst inne i klasserommet, og følger opp enkeltbarn med særlige behov.

Arbeidsgiver hevder at A har tilrettelagte arbeidsoppgaver på AKS [trinn]. Oppgaver hun har er å lede håndarbeidsgrupper for større og mindre grupper, men ikke forsker- eller naturgrupper, eller teater m.m. Hun arrangerer leker i klasserommet, men ikke fysiske aktiviteter i gymsalen eller ute.

Ikke kvalifisert til stillingen

Arbeidsgiver hevder at arbeidstaker ikke kan utføre flere av arbeidsoppgavene som er beskrevet i stillingsutlysningen.

Arbeidsgiver vurderer at hun ikke oppfyller kravene til norskkunnskaper og IKT-ferdigheter.

Arbeidsgiver vurderer at hun heller ikke oppfyller de personlige egenskapene som er å være tydelig i møte med barn. Arbeidsgiver opplever ikke arbeidstaker som selvstendig, løsningsorientert og initiativrik, som er egenskaper de søker. Selv om hun har hatt en positiv utvikling de siste årene og er ansvarsfull på tildelte oppgaver, anser arbeidsgiver dette likevel ikke som tilfredsstillende.

Arbeidsgiver mener det ikke er tilstrekkelig at arbeidstaker har bestått studier [type studie], og er i ferd med å ta fagbrev som barn- og ungdomsarbeider der hun har bestått den skriftlige delen.

Arbeidsgiver opplyser at arbeidstaker ønsker å være ringevikar, men at hun har blitt lite brukt. Arbeidsgiver opplyser at hun har blitt brukt 2,25 timer som lærervikar i april 2024. Totalt 43,5 timer som assistentvikar fordelt på perioden november 2021 frem til dags dato. I snitt 1,4 timer i måneden som assistentvikar.

Å innvilge krav om fortrinnsrett vil medføre vesentlig ulempe for virksomheten

Arbeidsgiver anser mangelfulle norskkferdigheter og manglende evne til å være tydelig og selvstendig som svært bekymringsverdig. Skolen opplyser at den i ansettelse av nye assistenter har behov for mennesker som evner å kommunisere tydelig i hektiske

omgivelser, som tåler å stå i krevende situasjoner med enkeltelever dag etter dag og som har et høyt arbeidstempo og høy grad av fleksibilitet. I ansettelsesprosessen setter derfor skolen personlig egnethet høyt.

Arbeidstakers syn på saken

A mener hun innfrir kravene til fortrinnsrett til den faste heltidsstillingen som skole- og AKS-assistent, og at hun før utlysningen skulle fått tilbud om utvidelse.

Arbeidstaker har ingen kommentarer knyttet til den andre interne søkeren som ble ansatt i stillingen.

Om arbeidsoppgavene i den faste deltidsstillingen og den utlyste stillingen

A hevder at forutsetningene i hennes sak og saken som ble avgjort i Oslo tingrett fra 11.08.2022 ikke er sammenlignbare. Hun viser til at retten legger vekt på at det som skiller stillingene mest fra hverandre er at ansatte må ha en ulik pedagogisk kompetanse: «Der en AKS-assistent må kunne organisere og lede grupper i aktivitet lek, må en klasseassistent være tettere på enkeltelever, og hjelpe eleven».

Arbeidstaker hevder at flere arbeidsoppgaver er like på skolen og på AKS, som f.eks. det å sette seg inn i ulike elevers spesielle behov, medisinerer, osv. Rammeplan for aktivitetsskolen stiller også krav til faglig utvikling for elevene på AKS. Videre mener arbeidstaker at det er læreren som har det faglige ansvaret i skolen og slik sett har AKS-assistenter et større faglig ansvar.

Med innføringen av stillingen «Skole- og AKS assistent» i 2020 hevder A at B-kommune anerkjenner skole- og AKS-ansatte som ansatte med samme arbeidsoppgaver. Det blir fremhevet at B-kommune er opptatt av at ansatte skal ha 100 prosent stillinger, og det gjøres ved å kombinere disse to stillingene. [Arbeidstakers representant], som representerer arbeidstaker, erfarer at ansatte som har stilling som AKS-assistent, også har stilling som skoleassistent.

A har tidligere hatt vikariat som skoleassistent i underkant av et år. Hun mener arbeidsgiver ikke kan vektlegge at arbeidstaker har takket nei til vikarjobbing i skoletiden. Årsaken til dette er forhold på hjemmebane som arbeidsgiver er godt kjent med.

A mener det i tilbakemeldingene fra arbeidsgiver ikke kommer frem hvilken tilrettelegging av arbeidsoppgaver hun har, og at det er ikke dokumentert slik veiledning som arbeidsgiver viser til.

Kvalifisert for stillingen

A hevder at det ikke er noen formelle krav til stillingen som skole- og AKS-assistent og at hun er kvalifisert for stillingen. Arbeidstaker mener forutsetningene i hennes sak og saken som ble avgjort i Oslo tingrett 11. 08.2022 ikke er sammenlignbare. Hun hevder at hun har opparbeidet pedagogisk kompetanse gjennom sine studier, og dette er kompetanse retten henviser til.

I klasserommet er det hovedsakelig lærers oppgave å være selvstendig, løsningsorientert og initiativrik, og dette skal derfor ikke bli lagt vekt på i hennes sak.

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.

Det er uenighet om den utlyste faste heltidsstillingen er å anse som en utvidelse av deltidsstillingen arbeidstaker er ansatt i. Det er også uenighet om arbeidstaker er kvalifisert og at medhold i kravet om fortrinnsrett vil innebære vesentlig ulempe for virksomheten.

Nemndas begrunnelse

Nemnda har kommet til at arbeidstaker ikke får medhold i sitt krav om fortrinnsrett. Når det gjelder begrunnelsen for avslaget har imidlertid nemnda delt seg i et flertall og et mindretall.

Nemndas flertall, medlemmene Due og Nilsen, har gjort disse vurderingene:

Nemndas flertall legger til grunn at den andre interne søkeren ble ansatt fordi vedkommende var best kvalifisert, ikke på grunn av fortrinnsrett. Av denne grunn er det ikke naturlig å ta utgangspunkt i at det er flere fortrinnsberettigede til den aktuelle stillingen. Nemndas flertall vil derfor ta stilling til arbeidstakers krav, og vil først vurdere om den utlyste stillingen er en utvidelse av As nåværende stilling.

Er stillingen som skole- og AKS-assistent en utvidelse av A sin faste stilling?

Nemndas flertall har kommet til at stillingen ikke er 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 har kommet til at de to stillingene ikke har om lag samme arbeidsoppgaver.

I tråd med rettspraksis knyttet til kravet om at stillingene skal ha «om lag samme arbeidsoppgaver», jf. Oslo tingretts dom 11.08.2022 - SAKSNR. 22-009094TVI-TOSL/O4, har nemndas flertall tatt utgangspunkt i en konkret sammenligning av oppgavene i den deltidsstillingen A har og den utlyste heltidsstillingen som skole- og AKS-assistent. I stillingsutlysningen står det at skole- og AKS-assistent «skal følge opp elever faglig og sosialt under læreres veiledning i skoletiden, og innebærer ansvar for elevgrupper i AKS-tiden».

Slik saken er opplyst legger nemndas flertall til grunn at oppgavene A har i sin stilling er knyttet til barnas aktiviteter i AKS-tiden. Oppgavene hun har er å lede grupper i aktivitet og lek på AKS [trinn]. Hun leder håndarbeidsgrupper og arrangerer leker i klasserommet. Det er ikke opplyst at A har oppgaver i skoletiden med oppfølging av elever i en læringssituasjon. Nemndas flertall kan ikke vektlegge at hun er ringevikar og at hun unntaksvis blir brukt som [skole]assistentvikar. Det er oppgavene hun har i den faste deltidsstillingen som er avgjørende i vurderingen av om stillingen som skole- og AKS-assistent kan ses på som en utvidelse av stillingen som AKS-assistent.

Vurderingen til nemndas flertall er i samsvar med tidligere praksis. I vedtak 2/22 og 03/19 kom en enstemmig nemnd også til at en AKS-/SFO-assistent ikke hadde fortrinnsrett til stilling som assistent i skole fordi stillingene ikke hadde om lag samme arbeidsoppgaver.

Nemndas flertall har etter dette kommet til at den utlyste stillingen ikke kan ses på som en utvidelse av A sin faste stilling og at arbeidstaker derved ikke har fortrinnsrett etter arbeidsmiljøloven § 14-3.

Det er etter dette ikke nødvendig for flertallet å ta stilling til om A var kvalifisert for heltidsstilling som skole- og AKS-assistent, [avdeling 2] skole trinn 1-2, eller hvorvidt det vil være til vesentlig ulempe for arbeidsgiver dersom A får fortrinnsrett til den omtvistede stillingen.

Nemndas mindretall, medlemmet Hassellund Solberg, er av den oppfatning at nemnda ikke trenger å ta stilling til sakens materielle spørsmål, all den tid en annen arbeidstaker med samme stilling som A, har fått stillingen. I den grad A skulle ha fortrinnsrett til stillingen, er det i så fall ansatt en annen som også hadde fortrinnsrett. Siden nemnda ikke har kompetanse til å foreta valg mellom fortrinnsberettigede, er det derfor ikke nødvendig å gå videre inn på spørsmål om stillingen A har krevd fortrinnsrett til, har om lag de samme arbeidsoppgaver som stillingen hun har i dag, og om hun er kvalifisert.

Tvisteløsningsnemnda

Anne Marie Due
Leder

18. desember 2024