

VEDTAK NR 51/10 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Tvisteløsningsnemnda avholdt møte onsdag 25. august 2010 i Departementsbygning R5, Akersgata 59, Oslo.

Ved behandlingen av saken var tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Henning Harborg, leder
Haakon Skaug, LO
Elisabeth Lea Strøm, NHO

Særskilt oppnevnte medlemmer

Børge Benum, KS
Elisabeth Østreng, Utdanningsforbundet

Saken gjelder

Tvist om fortrinnsrett for deltidsansatte etter arbeidsmiljøloven § 14-3

Arbeidstaker

A

Arbeidsgiver

B kommune

Det ble truffet slikt vedtak:

Saksforhold

A har siden august 2008 vært fast ansatt som faglærer i 28,87 prosent stilling innenfor fagområdet mat-helse ved B skule i B kommune.

I tillegg til den faste stillingsprosenten har A hvert år fått sin stilling ved skolen utvidet ved midlertidige stillinger av ulike størrelser, tilknyttet kommunens behov for ekstra ressurser til heimkunnskap. I 2008 og 2009 har hun også fungert i vikariater som følge av skolens midlertidige bemanningsbehov grunnet andre læreres vikariater.

A har tidligere vært ansatt som kjøkkensjef ved sykehjemmet i B kommune, men fikk i 2005/2006 helseproblemer som gjorde at hun ikke maktet jobben på kjøkkenet. Etter en periode med sykemelding jobbet hun vinteren 2007 dels ved kjøkkenet og dels som faglærer i mat-helse ved B skule. Da det etter hvert ble klart at A ikke ville kunne komme tilbake til jobben ved kjøkkenet, ble stillingen som kjøkkensjef lyst ledig. Fra 1. august fikk hun ved intern overføring etter arbeidsmiljøloven § 4-6 fast jobb som deltidsansatt faglærer ved B skule.

Våren 2010 utlyste B kommune internt og eksternt ledige lærerstillinger på til sammen rundt 470 prosent, med søknadsfrist 20. mars 2010. Antall stillinger ble ikke spesifisert i utlysningen. A søkte på deler av de utlyste prosentene ved søknad av 8. mars 2010. Det fremgår av søknaden at hun ønsker et tillegg til sin faste stillingsprosent, slik at hun dekker skolens totale undervisningsbehov i faget mat-helse.

I tillegg til A var det ni søkere, hvorav fire interne, til de utlyste stillingene ved skolen.

Av de interne søkerne fikk to søkere tilbud om utvidelse av sine faste deltidsstillinger fra høsten 2010, og én søker tilbud om 100 prosent midlertidig stilling skoleåret 2010/2011. Av de eksterne søkerne fikk én tilbud om 100 prosent stilling kommende skoleår, og én tilbud om en midlertidig stilling på 5 måneder. En av allmennlærerne som ble ansatt (C) er oppgitt å ha faget mat-helse i sin fagkrets.

A ble orientert om at hun ikke var innstilt til de ledige stillingene ved brev av 16. april 2010.

Saken ble brakt inn for tvisteløsningsnemnda av Delta på vegne av arbeidstaker ved brev av 28. april 2010. Overfor nemnda har begge parter fått anledning til å komme med utfyllende merknader i saken.

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidstaker:

- brev av 28. april 2010
- brev av 10. juni 2010

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev av 7. juni 2010
- brev av 10. juni 2010
- brev av 28. juni 2010

Arbeidstakers anførsler

Delta, på vegne av arbeidstaker, anfører i det vesentligste:

Arbeidstaker har med henvisning til arbeidsmiljøloven § 14-3 rett til å få utvidet sin stilling i kommunen. A har søkt om slik utvidelse av sin stilling at hun kan ivareta hele undervisningsbehovet i faget mat-helse, da hennes nåværende faste stillingsstørrelse ikke dekker den nødvendige undervisningsressurs i faget.

For å dekke behovet i faget har hun gjennom flere år hatt utvidelse av sin stilling gjennom midlertidige stillinger. I 2008 og 2009 har hun i tillegg hatt flere vikariater.

Selv om både A og C, som ble ansatt, har fortrinnsrett etter § 14-3, skulle A pga. sin lengre praksistid og særskilte kvalifikasjoner på det aktuelle fagområdet vært tilsatt før C.

A er formelt fortsatt fast ansatt i 100 prosent stilling i kommunen. Da den opprinnelige arbeidsavtalen ikke er sagt opp, har arbeidsgiver et ansvar for å finne omplasseringsalternativer for hele hennes opprinnelige tilsetningsforhold.

Kommunen kan ikke påberope seg at det vil medføre vesentlige ulemper for virksomheten å gi A utvidet stilling.

Arbeidsgivers anførsler

B kommune anfører i det vesentligste:

A dekker med sin faste stilling på 28,87 prosent grunnbehovet innen faget mat og helse ved B skule. Behovet for undervisningsressurser innen mat og helse for skoleåret 2011/2012 vil på grunn av et lite årskull ikke overstige grunnbehovet. De utlyste ledige stillingsressursene omfatter heller ikke fagområdet mat-helse. Dersom ekstra store årskull gjør at behovet i kortere perioder vil øke, har skolen nødvendig kompetanse hos en allerede ansatt allmennlærer(C) med mat og helse i sin fagkrets.

A dekker for øvrig med sin fagbakgrunn et nokså smalt fagområde i fagplanen til grunnskolen. Det vil således medføre en vesentlig ulempe for arbeidsgiver å ansette henne i større stilling når det går på bekostning av ansettelse av allmennlærere med den brede kompetansen skolen har behov for.

Endelig har B kommune i samsvar med arbeidsmiljøloven § 4-6 (1) ved alle anledninger sett på muligheten for en høyere fast deltidsstilling for A der hun ansees for å være kvalifisert. Så langt har kommunen ikke lyktes med dette. Kommunen har for øvrig til enhver tid fire til fem andre arbeidstakere som pga. helseproblemer er i tilnærmet samme situasjon som A, og kommunen forsøker løpende å finne større fast stilling til alle disse internt. A er i forbindelse med dette informert om at hun selv må vurdere andre stillinger utenfor kommunens virksomhet.

Twisteløsningsnemndas merknader

Twisteløsningsnemnda bemerker innledningsvis at en eventuell tvist om arbeidsgivers tilretteleggingsansvar etter arbeidsmiljøloven § 4-6 faller utenfor nemndas kompetanse, og vil derfor ikke bli behandlet her.

Twist mellom arbeidsgiver og arbeidstaker om fortrinnsrett for deltidsansatte kan bringes inn for tvisteløsningsnemnda, jf. arbeidsmiljøloven § 17-2 første ledd og § 14-3 fjerde ledd. Frist for å bringe saken inn for nemnda er fire uker etter at arbeidsgiver avslo krav fra arbeidstaker, jf. forskrift om tvisteløsningsnemnd etter arbeidsmiljøloven § 3 tredje ledd.

As søknad ble avslått av B kommune i brev av 16. april 2010. Delta brakte, på vegne av arbeidstaker, tvisten inn for tvisteløsningsnemnda i brev av 28. april 2010. Saken anses dermed som rettidig innbrakt.

Arbeidsmiljøloven § 14-3 første ledd fastsetter at deltidsansatte har fortrinnsrett til utvidet stilling fremfor at arbeidsgiver foretar ny ansettelse i virksomheten.

Nemndas flertall, medlemmene Harborg, Skaug, Strøm og Benum, har kommet til følgende resultat:

Etter det nemnda har fått opplyst, ble det som følge av utlysningen ansatt fem arbeidstakere ved skolen. Av disse var det to som fra før av besatt en fast stillingsprosent ved skolen, to som hadde vikariater og en som ikke allerede hadde et ansettelsesforhold til skolen. Det ble foretatt tre nye ansettelser i § 14-3s forstand ved skolen. Spørsmålet blir således om A som fast deltidsansatt kunne utøve fortrinnsrett til noen av disse tre.

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

Slik saken er fremlagt for nemnda, fremstår det som at A ved sin søknad kun ønsket å besette en del av de utlyste stillingsprosentene for å få utvidet stilling øremerket undervisning i faget mat-helse.

Nemnda registrerer at partene er uenige om hvorvidt den samlede ledige stillingsressursen på 470 prosent som ble utlyst av kommunen omfattet deler av As fagområde som faglærer innen mat-helse. I utlysningsteksten er det angitt at skolen har et særlig behov for søkere med fordypning i matematikk, språk, kunst og håndverk, musikk og IKT. Nemndas flertall finner i stillingsutlysningens ordlyd ingen videre holdepunkter for at man ønsket undervisningsressurser for faget mat-helse. Det er uansett på det rene at ingen av ansettelsene gjaldt stillinger øremerket faget mat-helse. At C, som ble ansatt som allmennlærer, ved behov *kan* ta undervisning i mat-helse, er ikke det samme som at hun er ansatt i en stilling som A kunne gjort fortrinnsrett til. Under enhver omstendighet var også C deltidsansatt og hadde dermed fortrinnsrett etter arbeidsmiljøloven § 14-3. Ettersom regelen ikke gir noen veiledning om hvordan man skal prioritere mellom flere fortrinnsberettigede, ville det i utgangspunktet uansett falt til arbeidsgiver å foreta prioriteringen mellom de to fortrinnsberettigede søkerne.

Nemndas flertall forstår A slik at hun ikke ønsket å gjøre fortrinnsrett gjeldende til annet enn utvidet stilling i faget mat-helse. I den grad hun likevel skal ha ønsket å gjøre fortrinnsrett gjeldende til allmennlærerstillingene som ble fylt i ansettelsesprosessen, er det tilstrekkelig å vise til at A ikke fyller utdanningskravene til slike stillinger.

Nemndas flertall konkluderer etter dette med at A ikke kunne gjøre fortrinnsrett gjeldende etter arbeidsmiljøloven § 14-3.

Nemndas mindretall, Østreng, har kommet til et annet resultat:

Delta, som representerer A, anfører i sitt brev av 10. juni 2010 at det er opplyst at det i skoleåret 2010/2011 er behov for ca 60 prosent undervisningsstilling i faget mat og helse. Dette imøtegås ikke av kommunen. Kommunen sier imidlertid at det fra skoleåret 2011/2012, altså *neste* skoleår, vil være et *mindre* behov, tilsvarende As faste stilling på 28,87 prosent. Mindretallet legger derfor til grunn at det i inneværende skoleår er behov for om lag 60 prosent undervisningsstilling innenfor faget mat og helse.

Det fremgår av kommunens redegjørelse at A hadde til sammen 61,66 prosent stilling siste skoleår, hvorav 32,79 prosent var en midlertidig tilsetting, i tillegg til hennes faste stilling på 28,87 prosent. Det er ikke opplyst i saksdokumentene om den midlertidige stillingen var innenfor mat og helse, men mindretallet legger dette til grunn da det ikke er sannsynlig at det dreide seg om undervisning i andre fag. Arbeidskontrakten for hennes midlertidige stilling utløp 31. juni 2010.

Delta opplyser at det i skoleåret 2010/2011 er C som skal undervise i de om lag 30 prosentene med mat og helse som ikke dekkes av A. Dette er heller ikke tilbakevist av kommunen, og mindretallet legger derfor til grunn at C er tildelt disse timene.

Nemndas flertall har begrunnet sitt standpunkt med at det var *”på det rene at ingen av ansettelsene gjaldt stillinger øremerket faget mat-helse. At C, som ble ansatt som allmennlærer, ved behov kan ta undervisning i mat-helse, er ikke det samme som at hun er ansatt i en stilling som A kunne gjort fortrinnsrett til.”* Mindretallet er ikke enig i denne vurderingen.

Skolen benyttet en form for sekkeutlysning, hvor en samlet pott på 470 prosent stilling ble lyst ut og hvor det ble angitt at skolen hadde *”særlig behov for”* en rekke angitte fagområder. Mat og helse ble ikke nevnt her, men den valgte formuleringen utelukker ikke at det på utlysningstidspunktet var ledige stilling innenfor andre fagfelt. Kommunen tar også forbehold i utlysningen om at tallet på stillinger er avhengig av permisjoner og oppsigelser.

Opplæringsloven stiller krav om at ledige stillinger skal lyses ut. Det følger imidlertid av opplæringsloven § 10-4 at utlysingskravet ikke gjelder når *”arbeidsgivaren skal tilby stillinga til ein arbeidstakar ... med heimel i arbeidsmiljøloven ... § 14-3 om førerett for tilsette som arbeider deltid”* . Når det på utlysningstidspunktet var klart at det var et 30 prosent

udekket behov innenfor mat og helse, fordi As midlertidige kontrakt løp ut, skulle stillingen vært tilbudt til A for skoleåret 2010/2011 med hjemmel arbeidsmiljølovens fortrinnsrettsbestemmelse.

Nemndas flertall mener at stillingen innenfor mat og helse ikke var omfattet av de nytilsettingene som ble foretatt i forbindelse med utlysningen. Det fremgår imidlertid av vedtaket fra ansettelsesutvalget at C *ble tilsatt* i 50 prosent midlertidig stilling i *denne* tilsettingsrunden. Dersom A har dekket hele behovet for 60 prosent stilling innenfor mat og helse og den midlertidige tilsettingen hun hadde utløp 31. juli 2010, var det per definisjon en ledig midlertidig stilling på 30 prosent i mat og helse på tilsettingstidspunktet. Når det var 30 prosent ledig stilling på tilsettingstidspunkt og C *ble tilsatt* og faktisk fikk 30 prosent mat og helse, må det være klart at det har skjedd en *ny ansettelse* i fortrinnsrettsbestemmelsens forstand. Arbeidsmiljøloven krever ikke at det ansettes *en ny person*.

Nemndas flertall sier videre at "*Under enhver omstendighet var også C deltidsansatt og hadde dermed fortrinnsrett etter arbeidsmiljøloven § 14-3*" Mindretallet er heller ikke enig i denne vurderingen. Det er på det rene at C hadde 100 prosent tilsetting siste skoleår og hun kan da ikke anses å være deltidsansatt i arbeidsmiljølovens forstand på tilsettingstidspunktet. Dersom C ikke hadde fått mer enn sin 50 prosent faste tilsetting i inneværende skoleår, hadde hun vært deltidsansatt i *dette* skoleåret, men hun ble også ved denne tilsettingen gitt full tilsetting. Etter mindretallets oppfatning kan ikke kommunen *både* hevde at C har fått tilsetting i forhold til en utlysning som *ikke omfatter stillingen mat og helse*, og samtidig mene at C er deltidsansatt med fortrinnsrett etter arbeidsmiljøloven.

Tilsettingsprosessen har etter mindretallets vurdering ikke vært så ryddig at det er mulig å vite med sikkerhet hvilke disposisjoner kommunen har foretatt. Det er kommunen som må bære risikoen for de uklarheter som da oppstår, og jeg mener det må anses godtgjort at det er foretatt en *ny ansettelse* innenfor mat og helse som A kunne kreve fortrinnsrett til.

På grunn av sitt standpunkt, har nemndas flertall ikke tatt stilling til de øvrige vilkår for fortrinnsrett, nemlig at den som krever fortrinnsrett må være kvalifisert og at utøvelse av fortrinnsretten ikke medfører vesentlig ulempe for virksomheten.

Mindretallet er enig med Delta i at A etter det opplyste må anses å være kvalifisert til stillingen. Kvalifikasjonsvurderingen ble gjort ved tilsetting i fast deltidsstilling, og det er ikke holdepunkter for at det skal foretas en ny kvalifikasjonsvurdering ved utvidelse av stillingsprosenten innenfor samme fag. Det fremgår også klart av § 14-9 i forskrift til opplæringsloven at "*Alle som har utdanning som lærer etter tidlegare regler, eller som har fått dispensasjon fra tidlegare lærerutdanningskrav, vil framleis ha gyldig kompetanse for å bli tilsett i undervisningsstilling.*".

Kommunen har anført at det ville "*medføre en vesentlig ulempe for arbeidsgiver å ansette henne i større stilling når det går på bekostning av ansettelse av allmennlærere med den brede kompetansen skolen har behov for*". Spørsmålet om ulempevurdering er ikke omhandlet i flertallets begrunnelse, men mindretallet vil likevel bemerke at det ikke er

opplagt at en nyutdannet allmennlærer er bedre kvalifisert til å undervise i det aktuelle faget enn en med As fagbakgrunn. At kommunen *foretrekker* en allmennlærer, kan heller ikke være tilstrekkelig til å konstatere så stor ulempe at det skal frata A hennes fortrinnsrett som deltidsansatt.

Konklusjon

Arbeidstaker gis ikke medhold.

Twisteløsningsnemnda

Henning Harborg
leder

Lillestrøm, 30.08.2010

Til orientering:

Twist om fortrinnsrett for deltidsansatte kan bringes inn for domstolene etter at tvisteløsningsnemndas avgjørelse foreligger, jf arbeidsmiljøloven § 17-2 andre ledd. 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 tredje ledd.