



Tvisteløsningsnemnda

Vedtaksdato
14. oktober 2021

Vår referanse
2021/145

Saksbehandler
Mona Ekelund

VEDTAK NR 117/21 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Tvisteløsningsnemnda avholdt møte torsdag 14. oktober 2021.

Ved behandlingen av saken var Tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Anne Marie Due, leder
Silje Hassellund Solberg, LO
Silje Stadheim Almestrand, NHO

Særskilt oppnevnte medlemmer

Øystein Mangset, Oslo kommune
Bjørn Saugstad, Utdanningsforbundet

Saken gjelder

Tvist om fortrinnsrett for deltidsansatte etter arbeidsmiljøloven § 14-3

Arbeidstaker

A

Arbeidsgiver

B kommune

Det ble truffet slikt vedtak:

Saksforhold

A er fast ansatt som adjunkt med tilleggsutdanning i stilling på 43 prosent i B kommune, for tiden med arbeidssted X skole. Stillingen ble utvidet med 10 prosent fra 33 prosent, fra og med skoleåret 2021/2022.

Stillingen omfatter undervisning i spansk på 8. -10. trinn (33 prosent) og valgfaget «Innsats for andre» (10 prosent).

Skoleåret 2020/2021 har A hatt oppfølging og veiledning fra ledelsens side og det er avtalt at dette skal fortsette ut skoleåret 2021/2022.

A har siden våren 2020 uttrykt ønske om utvidet stilling og den 14. juni 2021 sendte han arbeidsgiver skriftlig melding om uønsket deltid.

Våren 2021 lyste B kommune ut et vikariat på 70- 100 prosent som lærer ved X skole 1. august – 31. desember 2021, med mulighet for forlengelse. Stillingen omfattet kontaktlæreransvar og undervisning i norsk og samfunnsfag på 9. trinn. A søkte på stillingen og fremmet krav om fortrinnsrett, innen fristen 15. mai 2021.

Arbeidsgiver avsto kravet i brev datert 23. juni 2021. Avslaget ble begrunnet med at A var i en pågående observasjons- og veiledningsprosess der hans egnethet som lærer vurderes. Stillingen ble besatt av en ekstern søker.

I e-post av 11. juni 2021 informerte rektor om en ny ansettelse i et annet vikariat med kontaktlæreransvar, samfunnsfag og tysk på 8. – 10. trinn. Stillingen var utlyst våren 2021 med en annen fagkombinasjon.

Saken ble brakt inn for Tvisteløsningsnemnda ved brev datert 25. juni 2021. Overfor nemnda har begge parter fått anledning til å komme med utfyllende merknader i saken.

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidstaker:

- brev datert 25. juni 2021
- brev datert 31. august 2021

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev datert 19. august 2021
- brev datert 14. september 2021

Arbeidstakers anførsler

A hevder at han har fortrinnsrett til samfunnsfagsdelen av de to stillingene, og anfører i det vesentligste at han er kvalifisert. Han viser til at han bare har fått positive tilbakemeldinger under den pågående oppfølgingen, og at arbeidsgiver dessuten nylig økte hans faste stillingsstørrelse fra 33 til 43 prosent.

Arbeidsgivers anførsler

B kommune mener A ikke kan få medhold i sitt krav og anfører i det vesentligste at han har de formelle kvalifikasjonene for å undervise i samfunnsfag, men ikke oppfyller stillingens krav til personlige egenskaper.

Økningen i den faste stillingen, anses forsvarlig fordi A deler undervisningsansvar i valgfaget med en annen lærer, i tillegg til at han vikarierte i denne stillingen forrige skoleår.

Det er til elevenes beste å ha kontaktlæreren sin i flere fag, herunder også samfunnsfag, for å være tettere på egne elever.

Avslutningsvis anfører arbeidsgiver at A uansett ikke kan få fortrinnsrett til deler av stillingen han ikke søkte på.

Twisteløsningsnemndas merknader

Twist mellom arbeidsgiver og arbeidstaker om fortrinnsrett for deltidsansatte kan bringes inn for Twisteløsningsnemnda, jf. arbeidsmiljøloven § 17-2 første ledd og § 14-3 femte ledd. I henhold til forskrift om tvisteløsningsnemnd etter arbeidsmiljøloven § 2 settes nemnda med leder og to faste medlemmer. I tillegg er det oppnevnt to medlemmer med særlig kunnskap om bransjen som er berørt i saken (bransjemedlemmer).

Arbeidsmiljøloven § 14-3 første ledd fastsetter at deltidsansatte har fortrinnsrett til utvidet stilling fremfor at arbeidsgiver foretar ny ansettelse i virksomheten. Fortrinnsretten kan også gjelde en del av en stilling.

A er fast ansatt i en stilling på 43 prosent og har fremsatt krav om fortrinnsrett til 28,5 prosent av to stillinger, slik at han til sammen vil få en stillingsprosent på 100.

Nemnda vil innledningsvis bemerke at loven ikke oppstiller noen formkrav til hvordan krav om fortrinnsrett for deltidsansatte skal gjøres gjeldende. I tidligere nemndspraksis er det imidlertid lagt til grunn at arbeidstaker må ha gitt uttrykk for et ønske om utvidet stilling, eksempelvis ved å søke på stillingen, ved å fremme krav om fortrinnsrett eller ved at arbeidsgiver på annen måte har blitt kjent med at arbeidstaker ønsker utvidet stilling, se eksempelvis nemndas vedtak 92/21, 10/20 og 210/17.

Av sakens dokumenter og partenes opplysninger går det fram at arbeidsgiver siden våren 2020 har vært kjent med A ønske om utvidet stilling. Som utgangspunkt har arbeidsgiver en aktivitetsplikt i forhold til å informere arbeidstakere om ledige stillinger i virksomheten, jf. arbeidsmiljøloven § 14-1. Etter nemndas oppfatning kan dermed ikke A fortrinnsrett avskjæres med den begrunnelse at han ikke søkte på den andre utlyste stillingen. I tillegg viser nemnda til at vikariatet ble utlyst uten samfunnsfag i fagkombinasjonen, og at det er denne delen A krever fortrinnsrett til.

Ut ifra sakens opplysninger og dokumentasjon legger nemnda til grunn at arbeidsoppgavene i de omtvistede stillingene er om lag de samme som i stillingen A har i dag, da begge gjelder undervisning i fag på ungdomsskolen.

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

Med personlige forutsetninger menes blant annet personlige egenskaper som har betydning for hvordan vedkommende kan utføre sine egne arbeidsoppgaver. Dette kan for eksempel være evnen til å motivere medarbeidere i relasjon til en lederstilling, overtalelsesevner i relasjon til en salgsstilling eller serviceinnstilling eller kunde-/klienttekte i relasjon til et serviceyrke. Videre følger det av Høyesteretts dom Rt. 2003 s. 1754 at det i vurderingen også kan legges vekt på personlige egenskaper som ikke har direkte betydning for arbeidstakerens utførelse av egne arbeidsoppgaver. Som eksempler peker dommen på tilfeller der arbeidstaker skaper store samarbeidsvansker eller på andre måter bidrar til et dårlig arbeidsmiljø for andre ansatte.

I tråd med stillingsutlysningen og partenes opplysninger ellers, legger nemnda til grunn at A oppfyller de formelle kravene for undervisning i samfunnsfag på 9. og 10. trinn.

Arbeidsgiver har anført at A ikke er kvalifisert på grunn av manglende personlig egnethet.

Nemnda har kommet til at arbeidsgiver ikke i tilstrekkelig grad har sannsynliggjort at A ikke er kvalifisert. Nemnda legger vekt på at arbeidsgiver i begrenset grad har fulgt opp eventuelle mangler ved hans arbeidsutførelse. Nemnda legger også vekt på at arbeidsgiver nylig utvidet hans faste stilling med 10 prosent. Etter nemndas oppfatning kan de manglene ved A arbeidsutførelse som arbeidsgiver anfører ikke være av en slik art at de kan avskjære hans fortrinnsrett.

Nemnda ser grunn til å understreke at arbeidsmiljøloven § 14-3 griper inn i arbeidsgivers anledning til fritt å ansette den de ønsker, og der personlig egnethet anføres som grunnlag for manglende kvalifikasjoner må arbeidsgiver i tilstrekkelig grad underbygge de subjektive forholdene som påberopes. I denne vurderingen skal det også tas hensyn til at arbeidsgiver må regne med noe opplæring og korrigerende av eventuell uønsket atferd i forbindelse med tildeling av fortrinnsrett. Nemnda kan derfor vanskelig se at de avvik som er anført, med en begrenset oppfølging fra arbeidsgiver side, kan ha som konsekvens at A fortrinnsrett suspenderes.

Det avgjørende for nemnda blir etter dette om utøvelse av fortrinnsretten vil medføre vesentlig ulempe for virksomheten, jf. § 14-3 annet ledd.

Arbeidsgiver har anført det er til elevenes beste å ha kontaktlæreren sin i flere fag, herunder også samfunnsfag, for å være tettere på egne elever. Nemnda tolker dette som en anførsel om at det vil innebære vesentlig ulempe å gi A fortrinnsrett til denne delen av stillingene fordi han ikke er deres kontaktlærer. Ellers viser arbeidsgiver til at A manglende personlige egnethet også utgjør en vesentlig ulempe.

Hva som ligger i begrepet vesentlig ulempe, er ikke nærmere definert i loven. Av lovens forarbeider, Ot. prp. nr. 49 (2004-2005) punkt 17.2.6, fremgår det at dette vil bero på en

konkret vurdering av om utøvelse av fortrinnsretten i det enkelte tilfelle vil gi urimelige utslag for virksomheten:

«Det kan imidlertid være nødvendig for virksomheten å ansette flere personer, for eksempel for å få tilstrekkelig antall arbeidstakere til å dekke opp helgearbeid for å unngå å komme i konflikt med lovens regler om ukentlig hvile. Det kan også tenkes at fortrinnsretten kan føre til ulemper for de øvrige arbeidstakerne, for eksempel i form av at flere av disse får et betydelig innslag av arbeid på ubekvemme tidspunkter (natt- eller søndagsarbeid), fordi det er færre personer å dele arbeidet på. I slike tilfeller kan det være relevant for arbeidsgiver å påberope seg at fortrinnsretten fører til vesentlig ulempe.»

Departementet har i forbindelse med lovendringen i 2019 (Prop. 57 L (2017-2018) punkt 7.3) kommet med følgende merknad til bestemmelsen:

«Endringen innebærer at en kvalifisert deltidsansatt i prinsippet kan ha fortrinnsrett til bare en del av en stilling, forutsatt at fortrinnsretten kan gjennomføres uten at den er til vesentlig ulempe for arbeidsgiver. At arbeidsgiver blir sittende igjen med en reststilling det vil kunne være vanskelig å rekruttere kvalifiserte søkere til, kan innebære en slik vesentlig ulempe. Det samme vil kunne være tilfellet dersom gjennomføring av fortrinnsrett til bare en del av en stilling innebærer at virksomheten får flere, og ikke færre, deltidsansatte.»

Virkningen av den ulempen arbeidsgiver blir påført ved å bli sittende med en lav stillingsbrøk, må vurderes konkret, utgangspunktet må likevel være at deling av en utlyst stilling vil utgjøre en ulempe for arbeidsgiver, og at det følgelig må stilles relativt små krav til arbeidsgivers konkretisering av negative virkninger. Departementet sluttet seg også til denne vurderingen i Prop.57 L (2017-2018) s. 14.

Innledningsvis vil nemnda bemerke at arbeidsgivers anførsel om manglende personlige egnethet ikke i seg selv kan utgjøre en vesentlig ulempe, ettersom dette tilhører kvalifikasjonsvurderingen.

I ulempevurderingen har nemnda delt seg i et flertall og et mindretall.

Nemndas flertall, medlemmene Due, Solberg, Almestrand og Mangset, har etter en konkret vurdering kommet til at det vil medføre vesentlig ulempe for virksomheten om A får fortrinnsrett til samfunnsfagsdelen på 28,5 prosent av hver av de utlyste stillingene.

Ettersom kravet gjelder en del av en stilling skal det etter forarbeidene relativt lite konkretisering av negative virkninger til før vilkåret om vesentlig ulempe anses som oppfylt. Flertallet har lagt avgjørende vekt på arbeidsgivers opplysning om at det er viktig for elevene å ha kontaktlæreren sin i flere fag og at samfunnsfag utgjør en forholdsvis stor del av stillingen. Flertallet har derfor kommet til at A ikke får medhold i sitt krav.

Nemndas mindretall, medlemmet Saugstad, har kommet til at ulempene ved å gi A fortrinnsrett til 28,5 prosent av de to stillingene ikke anses som vesentlige i denne saken.

Mindretallet bemerker at lovens klare utgangspunkt er at det er arbeidsgiver som må godtgjøre en vesentlig ulempe. I denne saken kan ikke mindretallet se at B kommune i tilstrekkelig grad har godtgjort at det vil medføre vesentlig ulempe å innvilge A krav. Mindretallet har forståelse for at det kan være det beste for elevene at kontaktlæreren underviser dem i flest mulig fag, men finner ikke at denne generelle ulempen oppfyller kravet til vesentlighet i lovens forstand.

Konklusjon

A gis ikke medhold.

Tvisteløsningsnemnda

Anne Marie Due
Leder

14. oktober 2021

Til orientering:

Tvister som nevnt i §§ 8-3, 10-13, 12-14, 14-3 og 14-4 a kan bringes inn for domstolene etter at Tvisteløsningsnemndas avgjørelse foreligger, jf. arbeidsmiljøloven § 17-2 annet 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 fra det tidspunktet parten ble underrettet om nemndas avgjørelse, jf. arbeidsmiljøloven § 17-2 tredje ledd.

Reises det ikke søksmål innen fristen, har vedtaket virkning som en rettskraftig dom, og det kan fullbyrdes etter reglene som gjelder for dommer, jf. arbeidsmiljøloven § 17-2 fjerde ledd.