

Ansettelse

2.1 Arbeidstakerbegrepet

Spørsmål 1: Rettsgrunnlaget er aml. § 1-8 første avsnitt. Jeg vil også trekke inn ulovfestet rett med basis i rettsavgjørelser, hvor et helhetsinntrykk vil være avgjørende for utfallet.

Lovteksten bruker formuleringen «enhver» og «i annens tjeneste». Dette innebærer at vedkommende må være ansatt for å være arbeidstaker, dermed avgrenser begrepet arbeidstaker mot den som tar selvstendige oppdrag. Begrepet skal ut fra aktuelle domsavgjørelser tolkes vidt.

Om det er et selvstendig oppdrag som pensjonisten her tar på seg, eller om hun er arbeidstaker, må avgjøres ut fra et helhetsinntrykk av situasjonen. Her vil en rekke forhold kunne spille inn. Spørsmålet er om typiske elementer i et arbeidsforhold i tilstrekkelig grad er til stede eller ikke i forholdet mellom velforeningen og pensjonisten. Utfører for eksempel pensjonisten arbeidet selv, eller har hun medhjelpere for egen regning? Utfører hun alt arbeidet selv, taler dette for at hun er arbeidstaker. Benytter hun seg av egne medhjelpere, taler dette imot. Hvor selvstendig stillingen pensjonisten har er, er et annet punkt som kan telle. Desto sterkere Anne må underordne seg ledelse/kontroll/instruksjon, jo mer taler for at et ansettelsesforhold foreligger. Ut fra den lille oppgaveteksten virker det som hun har en svært selvstendig stilling. Dette vil tale imot at hun er å betrakte som en arbeidstaker. Hvorvidt hun holder seg selv med utstyr eller velforeningen sørger for dette, er også et viktig punkt. Er det pensjonisten eller velforeningen som bærer ansvaret for arbeidsresultatet? Jeg vil gå ut ifra at det er velforeningen som bærer ansvaret, og dette taler da for at pensjonisten er arbeidstaker. Hvordan vederlaget blir utbetalt, er også et moment som spiller inn. Betales vederlaget i form av fast lønn med jevne mellomrom, taler dette for et ansettelsesforhold, i motsetning til om vederlaget betales som en engangssum. Er det velforeningen eller pensjonisten som betaler pliktige avgifter som skatt/trygd osv.?
Interessant å undersøke kan også være i hvilken grad pensjonisten har lignende arbeidsoppgaver for flere, eller om dette er hennes eneste kontrakt. Har hun kontrakt med flere, kan det være et moment som peker i retning av oppdragsforhold.

Spørsmål 2: Rettslige konsekvenser for pensjonisten av om hun er arbeidstaker eller ikke, er knyttet til hvilke regler som kommer til anvendelse. Er hun arbeidstaker, er kontrakten underlagt arbeidsmiljølovens verneregler, og hun har rett på ferie og feriepenger etter ferieloven.

Arbeidstakerbegrepet er «nøkkelen» for at denne ufravikelige lovgivingen skal gjelde. Er hun ikke arbeidstaker, vil kontrakten om å brenne søppel være underlagt alminnelig kontraktsrett som ikke gir pensjonisten noe arbeidsrettslig vern.

2.2 *Ansatt eller selvstendig oppdragstaker*

Oppgaven bygger på noen av hovedelementene i saksforholdet i LA-2005-24555 (RG-2006-465). Lesing av denne dommen vil gi dypere innsikt i problematikken. Dommen ble avsagt med dissens.

Drøftelsen må ta utgangspunkt i aml. § 1-8 første ledd, som definerer begrepet «arbeidstaker» som «enhver som utfører arbeid i en annens tjeneste». Ordlyden «i en annens tjeneste» innebærer at du må være ansatt for å være arbeidstaker. Relasjonen mellom Anne Holm og Storvik kommune må altså ha karakter av et ansettelsesforhold for at Anne Holm skal få medhold. Tvisten reiser spørsmålet om avgrensningen mot avtaler med selvstendig næringsdrivende, frilansere etc. – avtaler som ikke utløser arbeidsmiljølovens verneregler.

Det å være i en annens tjeneste – ansatt – innebærer i utgangspunktet at det er den personlige arbeidsinnsatsen som er kontraktsgjenstand. Ved andre kontrakter om arbeid er det i stedet arbeidsresultatet som er kontraktsregulert. I Storvik-saken er det nettopp dette skillet som er av interesse. I slike grensetilfeller følger det av rettspraksis at det må foretas en konkret vurdering. Høyesterett har i flere dommer gitt uttrykk for at det i tolkingen av arbeidstakerbegrepet må trekkes inn en rekke momenter og foretas en helhetsvurdering. Ikke noe enkelt moment alene har avgjørende vekt. Jeg vil nedenfor ta for meg de konkrete momentene som oppgaveteksten har i seg, vurdere disse i lys av hva et typisk ansettelsesforhold har i seg, vekte betydningen av momentene og deretter konkludere ut ifra en konkret helhetsvurdering.

Avtalens skriftlige innhold, at kommunens standard ansettelseskjema ikke ble brukt og at kinosjefen underskrev avtalen, tyder på at denne kontrakten ikke var ment som en ansettelseskontrakt. Ut fra oppgaveteksten argumenterer Anne dog med likheten med typiske arbeidstakerforhold ved å vise til daglig arbeidstid og ferieavvikling i tråd med det som var tilfellet for kinoens ansatte. Dette alene utløser imidlertid ikke et arbeidstakerforhold. Underveis i forholdet er det videre oppstått situasjoner hvor Anne betegnes som en arbeidstaker, for eksempel

ved formuleringer brukt i sammenheng med sykemeldinger. Dette er på den annen side ikke helt gjennomført. Hun er ikke medregnet i kinoens stillingshjemler, hun er ikke å finne på organisasjonskartet, og virksomheten er ikke nevnt i årsberetninger. Det at hun ikke deltar i personalmøter, er jo også en «påminning» om at hun ikke ses på som ansatt. Så langt synes jeg ikke det foreligger tungtveiende argumenter som taler for at hun er arbeidstaker.

At kommunen sørget for skattetrekk og betalte arbeidsgiveravgift, er isolert sett et moment som taler for et ansettelsesforhold. Imidlertid var hun ikke innmeldt i pensjonskassen og ble ikke trukket for pensjonsavgift, noe alle ansatte derimot ble. Anne betalte ikke merverdiavgift. Partenes forhold til betaling av pliktige avgifter etc. kan ikke gis avgjørende betydning, hvem som betaler slike avgifter etc. forutsetter ikke automatisk et arbeidstakerforhold.

Det at arbeidsgiveren holder utstyr og hjelpemidler, er typisk i et arbeidstakerforhold. I oppgaveteksten er det opplyst at kommunen/kinoen holdt kontor og kontorutstyr. Imidlertid ble hun ikke likestilt med fast ansatte når det gjaldt ordning med hjemme-pc.

Det må også legges vekt på hvor selvstendig stilling Anne hadde i utførelsen av arbeidet. Et klassisk trekk ved arbeidsavtaler er at arbeidsgiveren har styringsrett. I oppgaveteksten blir det opplyst at kommunen sto for fakturering til reklamekundene, og at kinosjefen signerte avtalene. Dessuten måtte hun følge fastsatte rutiner med hensyn til økonomiforvaltning. Samtidig blir det opplyst at Anne ut over dette sto helt fritt, og at kinoen ikke førte tilsyn med hennes arbeid. Jeg legger også vekt på at hun innenfor ordinær arbeidstid utførte betalte oppgaver for andre enn Storvik kino uten at dette ble sett på som noe irregulært. Dette er et moment som veier tungt imot at hun er arbeidstaker.

Et annet sentralt moment i denne tvisten er Annes inntekter knyttet til avtalen. Ordlyden i avtalen går ut på at honoraret skal være 15 % provisjon. At vederlaget betales à konto med faste månedlige beløp i likhet med ordinær lønn, legger jeg her ikke vekt på. Det viktige synes å være at honoraret ved slutten av året justeres ut fra faktisk salg. Dette tilsier at Anne har risikoen for arbeidsresultatet – noe som ikke er tilfellet i et arbeidstakerforhold. Det er ikke opplyst at Anne har noen form for fast lønn ved siden av provisjonen, eller at hun er sikret en minstelønn. At hun ved behov vikarierte ved sentralbordet, tillegger jeg her ingen vekt, idet jeg legger til grunn opplysningen om at omfanget av denne typen arbeid var ubetydelig. Inntekten er fullt ut basert på provisjon av oppnådd salg. Dette er i mine øyne et tungtveiende argument mot at Anne kan betraktes som en arbeidstaker.

Anne argumenterer med at en så lav provisjonssats som 15 % tilsier at dette ikke var et selvstendig oppdragsforhold – hun sammenligner med vanlig sats på 30 %. Imidlertid framgår det av oppgaveteksten at hun i tillegg mottar tjenester av Storvik kino i form av gratis kontor/kontorutstyr, fakturering etc. Etter min mening er ikke den lave provisjonssatsen noe tungtveiende moment for Anne.

Ut fra ovennevnte drøftelse og en totalvurdering av de sentrale momentene vil jeg konkludere med at Anne ikke kan anses som «arbeidstaker».

2.3 Dokumentinnsyn

Hovedpoenget er å bruke forvaltningsforskriften kapittel 5 som rettskildefaktor.

Saksbehandlingsreglene i forvaltningsloven kommer til anvendelse ved ansettelser i det offentlige (stat/kommune), og den aktuelle forskriften er gitt med hjemmel i denne loven. Stikkord til løsning:

Spørsmål 1:

Kari er søker og dermed part i saken. Hun har derfor rett til å gjøre seg kjent med dokumenter i tilsettingssaken både før og etter at det er truffet vedtak – jf. forskriften § 14 tredje ledd. Konkret hvilke dokumenter hun har innsyn i, følger av en nærmere tolking av aktuelle bestemmelser i forskriften:

- Forespørsel om hvem som har søkt / hvordan hun ligger an:

Forskriften § 15: Kommunen må gi Kari utvidet søkerliste som kan gi Kari selv mulighet til å vurdere spørsmålet hun stiller. Det er ikke riktig at saken er konfidensiell overfor søkerne.

- Ønske om innsyn i uttalelse fra sosialsjef:

Forskriften § 16: Ut fra hovedregel i 1. punktum har Kari krav på å få se uttalelsen. Unntak er hjemlet i § 16 b som gir kommunen rett til å holde tilbake de opplysninger i dokumentet som kan karakteriseres som vurderinger. (Vær obs på skillet mellom faktiske opplysninger og vurderinger.)

- Ønske om innsyn i Peder Ås sin søknad med bilag:

Forskriften § 17: Første ledd gir Kari rett til innsyn i disse dokumentene. Peder er i den kretsen blant søkere som er innstilt/tilsatt.

Spørsmål 2:

Spørsmålet om journalist Snokens innsynsrett må løses ut fra offentlighetslovens regler. Hun har ikke rettigheter med hjemmel i forskriften (er ikke part). Offentleglova § 3 gir som hovedregel offentligheten (her Snoken) rett til innsyn i alle dokumentene, men unntak i offentleglova § 25 gir offentligheten (her Snoken) bare rett til å få se søkerliste (ikke utvidet) – dvs. bare hvem som har søkt stillingen.

Offentleglov § 25 innebærer at dersom en søker anmoder om at vedkommendes navn ikke skal offentliggjøres, kan opplysninger om denne søkeren unntas. I denne oppgaven er det ikke opplyst at noen av søkerne har anmodet om dette. Journalist Snoken har derfor rett til å få vite hvem som har søkt stillingen.

2.4 Referanser

Oppgaven bygger på hovedelementene i saksforholdet i *Somb. 2003 s. 99*. Nedenfor følger stikkord til løsning og noen sentrale klipp fra ombudsmannens uttalelse knyttet til innvendingene Trude reiser i oppgaveteksten.

- Referanseinnhenting:

Ut fra fvl. § 17 har kommunen en selvstendig plikt til å påse at saken er tilstrekkelig opplyst før ansettelse skjer. Av dette følger at det må være tillatt å innhente referanser utover den krets søkeren selv oppgir. Imidlertid tilsier hensynet til «god forvaltningsskikk» at søkeren gjøres obs på dette.

Somb 2003 s. 99: «Kommunen har under behandlingen av saken her beklaget at A ikke ble opplyst om at det ble innhentet referanser hun ikke hadde oppgitt. Beklagelsen er etter min mening på sin plass.»

- Innsyn i referanseuttalelse:

Fvl. § 17 andre ledd innebærer at dersom kommunen under saksforberedelsen mottar opplysninger om en part, og parten etter reglene om partsinnsyn har rett til å gjøre seg kjent med disse opplysningene, skal de forelegges ham til uttalelse. Rett til innsyn følger av forskrift til forvaltningsloven § 16. Ut fra hovedregelen i 1. punktum har Trude krav på å få se uttalelsen.

Unntak er hjemlet i § 16 b, som gir kommunen rett til å holde tilbake de opplysninger i dokumentet som kan karakteriseres som vurderinger.

Somb 2003 s. 99: «Grensen mellom faktiske opplysninger og vurderinger er kommentert nærmere i forarbeidene til en lovendring til forvaltningsloven. ... Generelle karakteristikker av faglige eller personlige evner vil være vurderinger. Utsagn om at vedkommende arbeidstaker er iherdig eller lat, samarbeidsvillig eller vanskelig å omgås, vil være vurderinger som er unntatt partsoffentlighet. Informasjonen som ble gitt om klageren fra C skole ble gitt muntlig. Det er derfor vanskelig for meg å ha noen helt klar formening om denne informasjonen faller inn under begrepet vurderinger og således er unntatt fra partsoffentlighet. Av kommunens svarbrev forstår jeg det imidlertid slik at karakteristikken som er gitt, bygger på konkrete hendelser. Slik jeg ser det, taler derfor de beste grunner for at informasjonen må anses som faktiske opplysninger, og dermed ikke er unntatt fra partsinnsyn. Forholdet synes å ha vært av vesentlig betydning, og burde ha vært nedtegnet. A vil da ha krav på å gjøre seg kjent med informasjonen som ble gitt. Jeg vil også legge til at selv om vurderinger kan unntas fra partsinnsyn, er det ingen plikt til å gjøre det. Forvaltningsorganet kan selv vurdere om det vil utøve meroffentlighet. Arbeidstakeren det gjelder i denne saken var tillitsvalgt. Det kan være nærliggende at det oppstår uenighet mellom arbeidsgiver og en tillitsvalgt. Den tillitsvalgte har som sin oppgave å representere og ivareta sine medlemmers interesser, også der disse går på tvers av arbeidsgiverens. Nettopp av denne grunn er det særlig viktig at eventuelle dårlige referanser fra tidligere arbeidsgiver er saklige, og ikke kan mistenkes å skyldes manglende forståelse for tillitsvalgtes vanskelige rolle.

På denne bakgrunn mener jeg opplysningene fra tidligere arbeidsgiver om angivelige samarbeidsvansker forankret i oppgavene som tillitsvalgt, burde vært tatt opp med A.»

- Muntlige opplysninger:

Somb 2003 s. 99: «Det er ikke tilfredsstillende at nedtegning av de opplysninger som ble gitt av referansene, ikke synes å være gjort. God forvaltningsskikk og behovet for i ettertid å kunne kontrollere hva som har vært gjort og sagt, tilsier at slike opplysninger om søkerne nedtegnes, uavhengig av om søkerne har krav på innsyn eller ikke. Når det gjelder slike opplysninger parten selv gir, følger nedtegningsplikten av forvaltningsloven § 11 d annet ledd. I andre tilfeller vil forvaltningsloven § 17 annet ledd om at forvaltningsorganet skal gjøre parten kjent med opplysningene, føre til at slik nedtegning skjer. Men også ellers bør som nevnt nedtegning skje i

atskillig utstrekning. Uten at det gjøres, er det ikke mulig for andre å kontrollere hvorvidt det som blir sagt, er undergitt partsoffentlighet. Den omstendighet at tilsettingsmyndigheten normalt ikke begrunner sine avgjørelser, tilsier også at man bør være særlig nøye med slik nedtegning for å dokumentere det faktiske grunnlaget for avgjørelsen.»

2.5 Ansettelseskriterier

Kommunens begrunnelse må vurderes opp mot følgende kilder:

Ingen regler i aml., men for kommunen gjelder et ulovfestet kvalifikasjonsprinsipp / Hta. (KS) § 2 pkt. 2.2: best kvalifisert. (I staten er kvalifikasjonsprinsippet lovfestet i stal. § 3)

Opgaveteknisk er det best å vurdere hver begrunnelse for seg. Nedenfor vises et eksempel på en god besvarelse.

Denne saken gjelder tilsetting i stilling som saksbehandler ved skolekontoret i Mellomdal kommune. Kommunen tilsetter Berit Holm, og jeg vil vurdere begrunnelsene kommunen anfører for dette valget, opp mot de juridiske rammene som gjelder. Arbeidsmiljøloven har ingen bestemmelser om denne problemstillingen, men i det offentlige gjelder det et ulovfestet kvalifikasjonsprinsipp som hovedregel. Kommunens begrunnelse for å tilsette Berit er for det første at hun er kvalifisert for stillingen. Ved tilsetting skal det i henhold til Hovedtariffavtalen (KS) – heretter Hta. – § 2 punkt 2.2 «i første rekke tas hensyn til søkerens kvalifikasjoner». Det gjelder så vel teoretisk og praktisk utdanning som skikkethet for stillingen.

I utlysningsteksten søker kommunen etter mennesker med ulik utdanningsbakgrunn. Det sies at det skal legges vekt på administrativ erfaring og evne til skriftlig saksframstilling. Dette er en meget bred (vid) utlysningstekst som vil favne mange. Verken lov, tariffavtaler eller forskrifter nevner så vidt jeg kan se noe om bindingseffekten av en utlysningstekst. Reelle hensyn tilsier at kommunen ikke kan legge vekt på utenforliggende hensyn i relasjon til utlysningsteksten.

Potensielle søkere forholder seg til de kvalifikasjonsmessige kravene som er beskrevet i utlysningen, og avstår fra å søke dersom de føler at de vil falle utenfor i vurderingen. Hensynet til søkermassen tilsier derfor at utlysningsteksten bør være bindende. Også hensynet til kommunen selv peker i den retning, da det er viktig å få de beste søkerne til en stilling, og ikke gå glipp av noen pga. en «teknisk glipp».

I dette tilfellet er det klart at Per og Berit begge er kvalifisert for stillingen ut ifra utlysningsteksten. At Berit Holm og Per Ås i tillegg har praktisk utdanning, gjør det nærliggende at det er spesielt disse to konkurransen står mellom når det gjelder å få jobben. Jeg mener at kommunen gjennom begrunnelsen i 1) ikke har sagt noe om hvorvidt de er likt kvalifisert – bare at de begge er kvalifisert i henhold til utlysningsteksten. Denne delbegrunnelsen er klart juridisk holdbar.

Når det gjelder kommunens andre punkt, at søkeren bør ha pedagogisk bakgrunn, synes jeg dette strider mot utlysningsteksten. Pedagogisk utdanning er nevnt som en av mange mulige utdanningsbakgrunner, mens administrativ erfaring og evne til skriftlig framstilling er nevnt eksplisitt. Jeg mener derfor at kommunens vektlegging av pedagogisk utdanning nå i valget mellom søkerne ikke er helt i tråd med utlysningsteksten. Som jeg nevner foran, har utlysningsteksten en bindingseffekt med tanke på hva de nå kan argumentere med. Selv om jeg er litt i tvil om hvor streng tolking av utlysningsteksten som skal legges til grunn, synes jeg kommunen må kritiseres her ut fra rettsreglene på området.

Den tredje begrunnelsen er at tilsetningsmyndigheten søker å løse et personalproblem ved å tilsette Berit Holm i stillingen som saksbehandler. Dette er ikke å argumentere med kvalifikasjoner, og dermed i strid med tariffbestemmelsen om betydning av kvalifikasjoner. Kommunen skulle ha foretatt en intern omplassering av Berit Holm uten å lyse ut stillingen. Siden de nå har utlyst stillingen eksternt, kan de ikke legge vekt på dette forholdet. Det skaper en situasjon der eksterne søkere er med i en kamp der resultatet er avgjort på forhånd. Når stillingen først er utlyst, må de vanlige reglene om «best kvalifisert» legges til grunn. Jeg konkluderer derfor med at dette er utenforliggende hensyn i relasjon til kvalifikasjonsprinsippet som kommunen ikke kan vektlegge i sin begrunnelse.

Min konklusjon blir derfor at kommunen ikke lovlig kan begrunne valget av Berit Holm med 2) og 3). Det er opp til kommunens frie skjønn å bedømme hvem av Holm og Ås de finner best kvalifisert ut fra vektlegging av kvalifikasjoner, men de må måles mot den stillingen som skal besettes, og blant annet de krav kommunen stiller i utlysningsteksten.

2.6 *Best kvalifisert*

Oppgaven er hentet fra *Somb 1994 s. 84*. Stikkord til løsning:

Spørsmål 1:

Hta. (KS) § 2 punkt 2.2 fastslår at det «i første rekke tas hensyn til søkerens kvalifikasjoner (teoretisk og praktisk utdanning samt skikkethet for stillingen)». Dette er uttrykk for et ulovfestet grunnprinsipp ved tilsetning i det offentlige: kvalifikasjonsprinsippet. Den best kvalifiserte for den aktuelle stillingen skal tilbys jobben. Oppgaveteksten tyder på at andre argumenter enn dette er vektlagt. Fortrinnsregler i aml. § 14-2 og § 14-3 er her ikke aktuelle.

Konklusjon: Ansettelsesvedtaket er i strid med kvalifikasjonsprinsippet.

Spørsmål 2:

- Rett til dokumentinnsyn etter forskrift til forvaltningsloven om partsoffentlighet ved tilsetning i det offentlige.
- Ikke krav på begrunnelse, ikke klagerett, jf. fvl. § 3, men gjøres kommunen obs på opplevelse av forbigåelse, kan kommunen i prinsippet omgjøre av eget tiltak.
- Klage til sivilombudsmannen.
- Anlegge søksmål.

2.7 *Likt kvalifisert*

Stikkord til løsning:

Spørsmål 1:

Hta. (KS) § 2 punkt 2.2 fastslår at det «i første rekke tas hensyn til søkerens kvalifikasjoner (teoretisk og praktisk utdanning samt skikkethet for stillingen)». Dette er uttrykk for et ulovfestet grunnprinsipp ved tilsetning i det offentlige: kvalifikasjonsprinsippet. Den best kvalifiserte for den aktuelle stillingen skal tilbys jobben. Oppgaveteksten tyder på at kommunen har foretatt en reell vekting av kriterier knyttet til kvalifikasjoner som utdanning, praksis og skikkethet. Juridisk sett synes det greit – ut fra arbeidsgivers frie skjønn – å vurdere dem som «likt kvalifisert».

Deretter må Hta. (KS) § 2 pkt. 2.2 andre ledd drøftes: bestemmelser om forholdet til moderat kjønnskvolterering i første setning og ansiennitet i kommunen i andre setning.

Konklusjon: Nærliggende å konkludere med at Kari Holm skulle vært ansatt (forutsetter at kvinner er underrepresentert).

Spørsmål 2:

- Rett til dokumentinnsyn etter forskrift til forvaltningsloven om partsøffentlighet ved tilsetting i det offentlige.
- Ikke krav på begrunnelse, ikke klagerett, jf. fvl. § 3, men gjøres kommunen obs på opplevelse av forbigåelse, kan kommunen i prinsippet omgjøre av eget tiltak.
- Klage til sivilombudsmannen.
- Anlegge søksmål.

2.8 *Overkvalifisert*

Stikkord til løsning:

I det offentlige (stat og kommune) gjelder som hovedregel kvalifikasjonsprinsippet. Dette er lovfestet i stal. § 3 for statens vedkommende. (I kommunen følger det av ulovfestet rett og prinsippet er også tariffestet i Hta. (KS) § 2 pkt. 2.2). Statens begrunnelser om overkvalifisert og behov for henne i nåværende stilling er ikke i tråd med hovedregelen og kan heller ikke hjemles i noen form for unntak. Begrunnelsen vil på en usaklig måte utestenge Anne fra å konkurrere om ny stilling basert ensidig på arbeidsgivers interesse.

Konklusjon: Tilsettingen er ikke holdbar ut fra en juridisk synsvinkel.

2.9 *Fortrinnsrett*

Oppgaven er utdrag av TLN 2009 – 31, og følgende er tvisteløsningsnemndas merknader:

«Tvist mellom arbeidsgiver og arbeidstaker om fortrinnsrett for deltidsansatte kan bringes inn for tvisteløsningsnemnda, jf. arbeidsmiljøloven § 17-2 første ledd og § 14-3 fjerde ledd (nå femte 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 (nå følger dette direkte av aml. § 17-2 a første ledd).

Søknaden om fortrinnsrett for A ble avslått av B i brev av 18. mars 2009. A brakte tvisten inn

for tvisteløsningsnemnda ved brev av 8. mars 2009. 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. 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. Det er opplyst at arbeidstakeren som ble tilsatt i den omtvistede stillingen også var deltidsansatt med fortrinnsrett etter § 14-3. Regelen gir ikke noen veiledning om hvordan man skal prioritere mellom flere fortrinnsberettigede. Det må i utgangspunktet tilfalle arbeidsgiver å foreta den prioriteringen. Slik saken er opplyst foreligger det etter nemndas syn ikke grunnlag for å overprøve arbeidsgivers vurderinger i valget mellom de to fortrinnsberettigede.

A har ikke søkt eller på annen måte gjort krav på fortrinnsrett til (deler av) stillingen på 50 prosent som ble ledig etter den andre fortrinnsberettigede søkeren, og forholdene rundt ansettelsen i denne stillingen er ikke opplyst for nemnda. Nemnda vurderer derfor ikke den ansettelsen nærmere.

Konklusjon: Arbeidstaker gis ikke medhold.»

2.10 Engasjement

Stikkord til løsning:

Hovedregelen er fast ansettelse, jf. aml. § 14-9 første ledd. Skal engasjementet være lovlig, må det oppfylle kriteriene i en av unntaksmulighetene i aml. § 14-9 andre ledd a)–f). Alternativene i c), d) og e) synes helt uaktuelle ut fra oppgaveteksten. Det samme kan sies om alternativ b). Ut fra oppgaveteksten er det intet som tyder på at Peder vikarierer for noen andre. Alternativ a) krever at arbeidets karakter tilsier midlertidig ansettelse. I oppgaveteksten angis ikke direkte grunn til at stillingen utlyses som engasjement, men årsaken ved engasjementstidens utløp opplyses å være økonomi. Usikkerhet knyttet til budsjett/økonomi fanges ikke inn av ordlyden «arbeidets karakter»

Imidlertid vil bestemmelsen i aml. § 14-9 første ledd bokstav f, som trådte i kraft 1. 7. 2015, kunne være en mulig hjemmel. Den gir arbeidsgiveren rett til å ansette Peder midlertidig på generelt grunnlag i inntil ett år. Det forutsetter imidlertid at kvoten på 15 % i virksomheten ikke

er brukt opp, jf. ordlyden i aml. § 14-9 første ledd bokstav f, og at det ikke gjelder noen karantene jf. aml. § 14-9 sjuende ledd. Er forutsetninger knyttet til kvote og karantene oppfylt, er dette en lovlig midlertidig tilsetning.

Konklusjon: Peder Ås har ikke rett i sin påstand.

2.11 Midlertidig ansettelse i staten

Se midlertidighet i staten blant annet omtalt i Statens personalhåndbok (*SPH 2020*) pkt. 2.3.

Eksempel på besvarelse: Reglene om midlertidige ansettelser er i denne saken hjemlet i statsansatteloven, som bare gjelder statlig sektor. Hovedregelen er at tilsetning skal være fast, jf. stal. § 9 første ledd første setning. Men unntak er hjemlet i stal. § 9 andre setning bokstav a)–e). Kari har flere ansettelsesforhold som gjør det komplisert å få fram noe helt entydig.

Stillingen som helgeavløser i 12 % tolker jeg til å være av fast karakter fra og med 17. oktober 2004 til hun selv sier opp i mars 2010. Oppsigelsesfristen for Kari som selv sier opp sin stilling, er tre måneder, jf. stal. § 22 andre ledd bokstav b). Oppsigelsen omfatter hennes faste arbeidsforhold, slik at hun er fri til å reise med sin mann om tre måneder. Denne faste deltidsstillingen anser jeg derfor som «ute av verden» juridisk sett når uenigheten oppstår. Uenigheten dreier seg om midlertidig tilsetning.

Et rettsspørsmål er om Kari har krav på fast stilling fordi hun har hatt en sammenhengende ansettelsestid ved Åsenlia ungdomshjem på mer enn tre år, jf. stal. § 9 tredje ledd.

Før hun dro på utenlandsreise hadde hun vært vikar for B sammenhengende i nesten fire år, men på dette tidspunktet krevde hun ikke fast ansettelse. Spørsmål er imidlertid om ansettelsen før og etter utenlandsoppholdet skal sees som ett ansettelsesforhold, slik at vilkåret om tre års sammenhengende tjeneste i stal. § 9 tredje ledd er oppfylt. Ut fra oppgaveteksten er det noe uklart hvor lenge utenlandsoppholdet varte, men slik jeg leser oppgaveteksten, tenker jeg at det er fra begynnelsen av juni til september samme år. Avbruddet i ansettelsesforholdet har derfor vart i så lang tid at kravet om sammenhengende tjeneste ikke kan sies å være oppfylt. Hun har derfor ikke krav på fast ansettelse etter stal. § 9 tredje ledd.

Aktuelle forhold å drøfte er blant annet stal. § 9 b (vikariat). For det første vil jeg drøfte om midlertidigheten er til stede når det gjelder spørsmålet om sammenhengende ansettelsestid over tre år: Treårsgrensen gir oppsigelsesvern, jf. stal. § 9 tredje ledd. Før hun dro på utenlandsreise, hadde hennes vikarperiode for B vart sammenhengende i nesten fire år, men på dette tidspunktet krever hun ikke fast ansettelse. Kan imidlertid det midlertidige forholdet før og etter utenlandsopphold sees i sammenheng? Oppsigelsesvernet i stal. § 9 tredje ledd har en ordlyd om at det må være tre års sammenhengende tjeneste. Kan det kalles sammenhengende tjeneste til tross for hennes utenlandsopphold? Ut fra oppgaveteksten er det noe uklart hvor lenge hun har vært ute av midlertidighet, men slik jeg leser oppgaveteksten, tenker jeg at det er fra begynnelsen av juni til september samme år, og mener dette i vår sak bryter «sammenhengende tjeneste».

En annen problemstilling er om Kari har krav på fast ansettelse fordi hennes midlertidige ansettelser samlet må sies å være en omgåelse av regelen om fast ansettelse. I flere høyesterettsdommer, blant dem Rt. 2006 s. 1158 (Ambulansearbeidersaken), har fokus vært på utstrakt bruk av vikarer og andre midlertidige ansettelser som mulig brudd på hovedregelen om fast ansettelse. Spørsmålet har vært om midlertidighetsansettelser er foretatt for å dekke et omfattende og vedvarende behov for arbeidskraft. I Ambulansearbeidersaken uttaler Høyesterett videre at dette normalt vil være aktuelt for noe større bedrifter med noenlunde jevnt og forutsigbart behov for vikarer. Selv om oppgaven ikke gir noen opplysninger om størrelsen på Åsenlia ungdomshjem er det neppe av en slik karakter. Ved vår institusjon vet vi bare om vikarbruk knyttet til Kari, som dog gjennomsnittlig er opp imot 100 %. Uten å kjenne forholdene noe mer, vil jeg likevel ikke konkludere med at institusjonen bryter midlertidighetshjemmelen på denne bakgrunn.

Oppsummert har jeg under tvil konkludert med at verken treårsregelen eller det at midlertidigheten her dekker et fast og varig arbeidskraftbehov, gir rett til fast ansettelse for Kari.