

NOTAT

Til Hordaland fylkeskommune v/Johan J. Meyer

Fra Advokatfirmaet Thommessen AS

Dato 15. mai 2018

Ansvarlig advokat Trond Hatland

KONSTITUERING AV FYLKESRÅDMANN

1 BAKGRUNN OG PROBLEMSTILLING

Rune Haugsdal har fått stilling som fylkesrådmann i den nye fylkeskommunen Vestland, som vil bestå av Hordaland fylkeskommune og Sogn og Fjordane fylkeskommune. Haugsdal tiltrer stillingen som fylkesrådmann 1. januar 2020.¹ I perioden fra (tentativt) juni 2018 til 1. januar 2020 vil han være prosjektleder for etableringen av den nye fylkeskommunen.

Haugsdal er i dag fylkesrådmann i Hordaland fylkeskommune ("**HFK**"). Haugsdals inntreden som prosjektleder, medfører at hans stilling i HFK må fylles i perioden juni 2018 til 1. januar 2020. Vi har i den anledning blitt bedt om å vurdere hvilke regler som vil gjelde for konstitueringsprosessen, herunder om HFK har (i) plikt til å kunngjøre stillingen eksternt, (ii) plikt til å kunngjøre stillingen internt eller (iii) kan utpeke en egnet intern kandidat uten at det igangsettes en formell konstitueringsprosess.

2 KONKLUSJON

Våre hovedsynspunkter er som følger:

- HFK har ikke plikt til å utlyse stillingen (konstitueringen) som fylkesrådmann eksternt.
- HFK har plikt til å informere om stillingen (konstitueringen) som fylkesrådmann internt i tråd med arbeidsmiljøloven § 14-1.
- HFK har stor grad av frihet til å legge opp en forenklet intern prosess som ivaretar hensynet til snarlig tiltredelse, at vedkommende som konstitueres har nødvendig kompetanse og kunnskap om de pågående prosessene i HFK, samt at vedkommende har de påkrevde personlige egenskapene.

3 FORELIGGER DET PLIKT TIL Å FORETA EKSTERN UTLYSNING?

3.1 Rettslig rammeverk

For statsforvaltningen fremgår det av statsansattloven § 4 (1) at alle stillinger skal utlyses eksternt, med mindre noe annet følger av bestemmelser i lov, forskrift eller tariffavtale. Det foreligger ingen tilsvarende lovregulering for den kommunale- og fylkeskommunale forvaltningen.

¹ <https://www.hordaland.no/nn-NO/nyheitsarkiv/2018/rune-haugsdal-takkar-for-tilliten/>

Det er imidlertid en klar ulovfestet hovedregel om at også stillinger i kommuner og fylkeskommuner skal utlyses eksternt.²

Hovedregelen om ekstern utlysning av offentlige stillinger bygger på kvalifikasjonsprinsippet. Prinsippet forutsetter at offentlige stillinger blir kunngjort på en slik måte at det blir allment kjent at stillingen er ledig, slik at aktuelle kandidater får en oppfordring til å søke eller melde sin interesse. Utlysning skal bidra til at tilsettingssaken blir så godt opplyst som mulig, for å sikre at den som samlet sett er best kvalifisert blir tilsatt. Likhets hensyn tilsier også at forvaltningen skal gi alle interesserte kandidater de samme mulighetene til å konkurrere om stillingen.

Det finnes unntak fra hovedregelen om ekstern utlysning. De mest praktiske unntakene gjelder tilfeller hvor en person har en lov- eller tariffavtalefestet fortrinnsrett til stillingen, sml. statsansattloven § 13 og tilfeller hvor ansettelsen er for en periode på mellom 6 måneder og ett år sml. statsansattloven § 7.³

Det kan også i situasjoner ut over dette være saklig for en kommune eller fylkeskommune å unnlate ekstern utlysning. Hvorvidt det foreligger saklig grunn må vurderes konkret i det enkelte tilfelle. Sentrale momenter er stillingens karakter og varighet (eventuelt tilsettingens varighet), om behovet for tilsetting i den aktuelle stillingen er akutt og om den som er påtenkt til stillingen tidligere har konkurrert om samme eller tilsvarende stilling. Hvor sterkt hensynene som ligger bak hovedregelen om ekstern utlysning gjør seg gjeldende, vil også ha betydning.⁴ Det skal derfor mer til for at ekstern utlysning kan unnlates desto mer ettertraktet eller høyere stillingen er.⁵

For HFKs vedkommende fremgår det fra fylkeskommunens "Prosedyre for rekruttering"⁶ punkt 2 at alle ledige stillinger som hovedregel skal utlyses eksternt. Det er imidlertid åpnet opp for at det for stillinger med kort varighet, kan være tilstrekkelig med intern utlysning. Dette er omtalt nærmere i punkt 4 nedenfor.

3.2 Sivilombudsmannens praksis

Terskelen for å unnlate utlysning av sentrale fylkeskommunale stillinger, slik som fylkesrådmann, er etter Sivilombudsmannens praksis relativt høy. Nedenfor gjennomgår vi de mest relevante uttalelsene fra Sivilombudsmannen.

I Sivilombudsmannens uttalelse av 17. august 2009⁷ konkluderte Ombudsmannen med at ansettelse av en tidligere konstituert rådmann i fast stilling uten ekstern utlysning ikke var tillatt. Dette til tross for at den aktuelle kommunen hadde vært inne i en langvarig, uheldig og uavklart situasjon i forhold til rådmannsstillingen, at kommunen befant seg i en omorganiseringssituasjon

² Se bla. Sivilombudsmannens uttalelser gjengitt i årsmeldingen for 2005 på s. 120 (Somb-2005-20) og Sivilombudsmannens uttalelse av 29. januar 2008 (<https://www.sivilombudsmannen.no/uttalelser/tilsetting-av-radmann-kravet-om-ekstern-utlysning-av-stillinger-i-kommunalforvaltningen/>), Sivilombudsmannens uttalelse av 19. mars 2014 (<https://www.sivilombudsmannen.no/uttalelser/brudd-pa-plikten-til-a-foreta-ekstern-utlysning-av-stillingen-som-radmann/>), 12. januar 2017 (<https://www.sivilombudsmannen.no/uttalelser/tilsetting-i-kommunale-lederstillinger-uten-utlysning/>) og 1. oktober 2017 (<https://www.sivilombudsmannen.no/uttalelser/opprettelse-tilsetting-stilling-radmannens-stab-informasjonsansatte-utlysning/>).

³ Det er gjort unntak for plikten til ekstern utlysning i tilfeller for ansettelsen er for en kortere periode enn seks måneder, jf. statsansattloven § 7 (1). Det er videre åpnet opp for at arbeidsgiver kan gjøre unntak fra regelen om ekstern utlysning i personalreglementet for ansettelser med varighet i inntil ett år, jf. statsansattloven § 7 (2).

⁴ Jf. Sivilombudsmannens uttalelse av 29. januar 2008 (<https://www.sivilombudsmannen.no/uttalelser/tilsetting-av-radmann-kravet-om-ekstern-utlysning-av-stillinger-i-kommunalforvaltningen/>)

⁵ Jf. Sivilombudsmannens uttalelse av 1. oktober 2017 (<https://www.sivilombudsmannen.no/uttalelser/opprettelse-tilsetting-stilling-radmannens-stab-informasjonsansatte-utlysning/>)

⁶ Versjon vedtatt i mai 2017

⁷ <https://www.sivilombudsmannen.no/uttalelser/manglende-utlysning-av-radmannsstilling/>

med behov for å ikke øke de totale personalkostnadene, samt at vedkommende som fikk stillingen var godt kvalifisert. Sivilombudsmannen uttalte i anledning saken at det:

"[det må] foreligge helt ekstraordinære omstendigheter utenfor kommunens kontroll og ansvar" for at det skal være adgang til å unnlate å lyse ut en ledig rådmannsstilling." (vår innsetting)

Heller ikke i Sivilombudsmannens uttalelse av 19. mars 2014⁸ fikk arbeidsgiver medhold i at det forelå saklig grunn til å ikke foreta ekstern utlysning av en rådmannsstilling. I dette tilfellet ble en assisterende rådmann gitt fast stilling som rådmann uten at stillingen ble lyst ut. Arbeidsgiver argumenterte blant annet for at dette skyldes behov for "ro i organisasjon og legge et godt grunnlag for å kunne ta fatt på de mange utredningsoppgaver som ble vedtatt i budsjettet" (det hadde vært to rådmannsbytter i løpet av de siste tre årene), samt behov for rask tiltredelse. Arbeidsgiver viste videre til at den assisterende rådmannen hadde søkt på rådmannsstillingen da den var utlyst tre år tidligere. Etter Ombudsmannens syn var dette ikke tilstrekkelig til å unnlate ekstern utlysning.

Tilsvarende følger av Sivilombudsmannens uttalelse av 12. januar 2017.⁹ Sarpsborg kommune hadde tilsatt teknisk kommunesjef og kommunesjef for oppvekst uten å ha lyst ut stillingene eksternt eller internt. Arbeidsgiver viste til at det var behov for rask tiltredelse, at markedet for lederkandidater i området var begrenset og at de som ble ansatt hadde god kjennskap til kommunen og til de respektive fagområdene. Ombudsmannen konkluderte til tross for dette med at det ikke forelå saklig grunn til å unnlate ekstern utlysning av stillingene, samt at det heller ikke var adgang til å fravike kravet om intern utlysning i arbeidsmiljøloven § 14-1.

Likeledes fikk arbeidsgiver ikke medhold i Sivilombudsmannens uttalelse av 1. oktober 2017.¹⁰ En kommune hadde opprettet en ny stilling som utviklingsmedarbeider i rådmannens stab. Stillingen ble ikke utlyst, og arbeidsgiver ga verken de tillitsvalgte eller kommunens ansatte informasjon om opprettelsen av den nye stillingen. Stillingen ble besatt ved overføring av en avdelingsleder med behov for tilrettelegging av arbeidet på grunn av redusert arbeidsevne. Ombudsmannen kom til at den nye stillingen skulle vært kunngjort internt og utlyst offentlig. Arbeidsgiver hadde følgelig verken overholdt informasjonsplikten overfor egne ansatte etter arbeidsmiljøloven § 14-1, eller den ulovfestede plikten til å utlyse offentlige stillinger. Kommunen gjorde gjeldende at det var riktig å fravike prinsippene om intern og ekstern utlysning, spesielt fordi den tidligere avdelingslederen hadde formell og reell kompetanse som var særdeles relevant for stillingen. Ombudsmannen betvilte ikke den tilsattes kompetanse, men konkluderte med at dette i seg selv ikke ga saklig grunn til å fravike hovedregelen om utlysning.

3.3 Vurdering

Hovedregelen, både etter ulovfestet rett og etter HFKs interne retningslinjer, er at ledige stillinger skal lyses ut eksternt, jf. redegjørelsen ovenfor. Spørsmålet er følgelig om det foreligger saklig grunn for å unnlate ekstern utlysning i dette tilfellet.

Det er nærliggende å anta at HFK vil være i en "unntakstilstand" frem til 1. januar 2020 når en skal opprettholde ordinær drift i organisasjonen og parallelt gjennomføre alle prosjektene som inngår i sammenslåingsprosessen, samtidig som man "mister" den sittende fylkesrådmannen.

⁸ <https://www.sivilombudsmannen.no/uttalelser/brudd-pa-plikten-til-a-foreta-ekstern-utlysning-av-stillingen-som-radmann/>

⁹ <https://www.sivilombudsmannen.no/uttalelser/tilsetting-i-kommunale-lederstillinger-uten-utlysning/>

¹⁰ <https://www.sivilombudsmannen.no/uttalelser/opprettelse-tilsetting-stilling-radmannens-stab-informasjon-ansatte-utlysning/>

I denne situasjonen er det, slik vi oppfatter det, sentralt å opprettholde kontinuitet og at vedkommende som konstitueres virker samlende for alle involverte. Det vil videre være en klar fordel at den som konstitueres har erfaring med å håndtere store parallelle prosjekter, samt at vedkommende har god kjennskap til HFK og de pågående prosessene.

Ettersom Haugsdal skal tre inn i den nye stillingen som prosjektleder (tentativt) allerede i juni 2018, haster det med å konstituere en fylkesrådmann for perioden juni 2018 til 1. januar 2020. Erfaringsmessig tar det ca. 4-6 måneder å gjennomføre en ekstern prosess (fra arbeidsgiver begynner å arbeide med utlysningsteksten og frem til tiltredelse). Deretter skal den nye personen fases inn i organisasjonen og gjøre seg kjent med nye arbeidsoppgaver. Det vil si at det ved konstituering av en ekstern person vil kunne gå 6-8 måneder fra skrivende stund til vedkommende er fullt "operativ" i stillingen som fylkesrådmann.

Slik vi kjenner prosessene som inngår i arbeidet med regionreformen, oppfølgingen av Intensjonsplanen og de mange titalls prosjekter som pågår, antar vi at det vil kunne sette HFK i en meget vanskelig posisjon dersom man skal vente 6-8 måneder før vedkommende som konstitueres er fullt operativ.

Det er videre kjent at sammenslåingen av HFK og Sogn og Fjordane fylkeskommune vil føre til overtallighet, også på ledelsesnivå. En ekstern konstituering vil kunne medføre en ytterligere tilspising av den allerede vanskelige overtallighetssituasjon som må håndteres ved sammenslåingen. Høyesterett har akseptert at hensynet til å redusere overtallighetssituasjoner vil være relevant.¹¹

Konstituering av en ekstern kandidat vil videre føre til høyere utgifter – både ved at HFK vil pådra seg ytterligere lønnskostnader og ved at vedkommende vil måtte bruke tid på å sette seg inn i HFK og de pågående prosessene.

Som det fremgår fra redegjørelsen ovenfor, foreligger det således en rekke gode argumenter for at det vil være saklig å unnlate ekstern utlysning i dette tilfellet.

Terskelen for å unnlate ekstern kunngjøring er relativt høy og Sivilombudsmannen har hatt en forholdsvis streng tilnærming i sakene som har vært til behandling. Samtlige av Sivilombudsmannens uttalelser knytter seg imidlertid til faste stillinger, hvor behovet for rask ansettelse typisk har vært utløst av mindre interne omorganiseringer og andre personalmessige utfordringer.

I HFKs tilfelle er det tale om en konstituering i en begrenset tidsperiode (1 ½ år), hvor behovet er utløst av en omfattende statlig pålagt reform. Videre vil det etter gjennomføring av regionreformen foreligge en ikke ubetydelig overtallighet (også på ledernivå), som må antas å gå ut over det som har vært tilfelle i sakene Sivilombudsmannen har hatt til behandling. Den foreliggende saken skiller seg følgende i vesentlig grad fra sakene som er omtalt av Sivilombudsmannen.

Etter vårt oppfatning vil HFK, på denne bakgrunn, ha saklig grunn til å unnlate ekstern utlysning av fylkesrådmannstillingen.

For god ordens skyld nevner vi at det etter HFKs interne retningslinjer benevnt "Prosedyre ved rekruttering" fra mai 2017 kun er gjort unntak fra hovedregelen om ekstern kunngjøring for

¹¹ Jf. HR-2017-561-A, premiss 100. Merk at saken gjaldt spørsmål om oppsigelse i forbindelse med en nedbemanning og følgelig ikke behandler spørsmålet om ansettelse. Avgjørelsen har etter vårt skjønn likevel overføringsverdi hva gjelder de generelle uttalelsene om betydningen av at arbeidsgiver befinner seg i en omorganiseringssituasjon.

stillinger med varighet i inntil ett år. Etter vårt skjønn er det i dette tilfellet grunnlag for å fravike den interne retningslinjen, gitt de helt særegne forholdene som gjør seg gjeldende.

HFK har drøftet saken med de tillitsvalgte i fylkesrådmannens kontaktmøte 8. mai 2018 som har gitt sin tilslutning til at det ikke foretas en ekstern utlysning. Fra e-post av 9. mai 2018 fra hovedtillitsvalgt til Haugsdal hitsettes:

"Med bakgrunn i dei opplysningane fylkesrådmannen gav i dette møtet, har dei hovudtillitsvalde i samrådsmøte 09.05.2018 drøfta tilsetjing av ny fylkesrådmann/endra organisering av toppleiargruppa fram til fylkessamanslåinga med Sogn og Fjordane.

I utgangspunktet ser me at ei intern utlysning av fylkesrådmannstillinga hadde vore det mest korrekte.

Samstundes forstår me at tidsperspektivet og vidare framdrift i regionreformarbeidet er særskild viktig. Det er difor ynskjeleg at denne saka kan leggjast fram for handsama i fylkestinget allerede i tingseta i juni.

Med atterhald om at avgjerda ikkje vil vera i strid med gjeldande lovverk, meiner hovudtillitsvalde at fylkesrådmannen sitt forslag til tilsetjing av ny fylkesrådmann/endra organisering av toppleiargruppa vil vera ei akseptabel løysing."

4 FORELIGGER DET PLIKT TIL Å FORETA INTERN KUNNGJØRING?

4.1 Rettslig rammeverk

Arbeidsmiljøloven § 14-1 pålegger arbeidsgiver å informere arbeidstakere om "ledige stillinger" i virksomheten. Med uttrykket "ledige stillinger" menes enhver ledig stilling, herunder fast eller midlertidig, hel- eller deltid.¹²

Sivilombudsmannen har i en uttalelse av 12. januar 2017 og 1. oktober 2017 understreket at det ikke foreligger noen unntak fra informasjonsplikten i arbeidsmiljøloven § 14-1.¹³ I uttalelsen av 12. januar 2017 konkluderte Ombudsmannen med at det var:

"[...] klart i strid med arbeidsmiljøloven at kommunen unnlot å kunngjøre stillingene internt."

Ombudsmannen påla også kommunen å korrigere sine interne retningslinjer ettersom disse åpnet opp for at det:

"[...] i visse tilfeller [er tillatt] å tilsette direkte uten forutgående [intern] kunngjøring." (vår innsetting)

Det klare utgangspunktet etter arbeidsmiljøloven § 14-1 er følgelig at det skal gis informasjon internt om ledige stillinger. Det stilles ikke krav til omfattende informasjonstiltak, men informasjonen må være tilgjengelig for alle arbeidstakerne. Etter loven er det eksempelvis

¹² Jf. Arbeidsmiljøloven - § 14-1. Informasjon om ledige stillinger i virksomheten kommentarutgave av Jan Fougner, Lars Holo, Tron Løkken Sundet, Tarjei Thorildsen Universitetsforlaget / kommentarutgaver.no - 22-01-2018

¹³ Begge avgjørelser er referert i punkt 3.2 ovenfor.

tilstrekkelig med en generell meddelelse som slås opp på et sentralt sted i virksomheten, legges ut på intranett eller publiseres i internblad.¹⁴

Mer detaljerte regler om intern kunngjøring kan følge av tariffavtale, personalreglement eller andre interne retningslinjer. Etter Hovedtariffavtalen, som HFK er underlagt, punkt 2.3.1, skal det foretas intern utlysning ved ledig stilling, slik at deltidsansatte tilbys utvidelse av sitt arbeidsforhold inntil hel stilling, dersom vedkommende er kvalifisert for stillingen. Ut over dette gir ikke Hovedtariffavtalen føringer for intern utlysning.

Etter HFKs interne retningslinje "Prosedyrer ved rekruttering" punkt 2 skal stillinger som ikke utlyses eksternt, som utgangspunkt utlyses internt.¹⁵ Retningslinjene åpner imidlertid opp for at i vikariat med en varighet på inntil seks måneder kan det være aktuelt å ansette uten (intern) utlysning, forutsatt at forholdet er drøftet med de aktuelle tillitsvalgte i forkant.¹⁶

4.2 Vurdering

Etter vår vurdering har HFK plikt til å *informere* om stillingen (konstitueringen) av fylkesrådmann internt etter arbeidsmiljøloven § 14-1. Det er tilstrekkelig med en generell meddelelse, eksempelvis på HFKs intranett eller lignende.

Loven oppstiller ikke nærmere krav til hvordan den videre prosessen gjennomføres. HFK har med andre ord stor grad av frihet til å legge opp en prosess som ivaretar hensynet til snarlig tiltredelse, at vedkommende som konstitueres har nødvendig kompetanse og kunnskap om de pågående prosessene i HFK, samt de påkrevde personlige egenskapene.

Konstitueringen har en varighet på 1 ½ år. Man er slik sett akkurat utenfor unntaket fra intern utlysning for kortvarige stillinger i HFKs interne retningslinjer, jf. punkt 4.1 ovenfor. Det har vært drøftet med de tillitsvalgte hvordan den interne prosessen skal gjennomføres, og de tillitsvalgte har gitt sin tilslutning til at det, gitt de særegne forholdene som foreligger, kan gjennomføres en forenklet konstitueringsprosess i dette tilfellet, se punkt 3.3 ovenfor.

¹⁴ Jf. Ingeborg Moen Borgerud, Norsk lovkommentar, 2014, note 452 til arbeidsmiljøloven

¹⁵ HFK har opplyst at det ikke foreligger andre interne retningslinjer, tariffavtaler eller lignende som vil kunne ha betydning for hvorvidt det skal foretas kunngjøring.

¹⁶ Gitt uttalelsene i Ombudsmannens uttalelse av 12. januar 2017 nevner vi kort at det er det grunn til å stille spørsmål om det i dag er adgang til å operer med et slikt unntak fra intern kunngjøring. Vi har imidlertid ikke foretatt noen nærmere vurdering av dette.