

VEDTAK NR 17/15 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Tvisteløsningsnemnda avholdt møte torsdag 19. mars 2015.

Ved behandlingen av saken var tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Anne Marie Due (vara for Henning Harborg), leder
Silje Hassellund Solberg, LO
Silje Almestrand (vara for Elisabeth Lea Strøm), NHO

Særskilt oppnevnte medlemmer

Mårten Brandsnes Faret, KS
Magnus Buflod, NSF

Saken gjelder

Tvist om fortrinnsrett for deltidsansatte etter arbeidsmiljøloven § 14-3

Arbeidstaker

A

Arbeidsgiver

B

Det ble truffet slikt vedtak:

Saksforhold

A har en midlertidig ansettelse i en prosjektstilling på 35,5 prosent ved B interkommunale legevakt i tidsrommet 13. oktober 2014 til 12. april 2015. Hun tiltrådte 15. november 2014 fast 13,85 prosent stilling som sykepleier i B, med arbeidssted B interkommunale legevakt.

B lyste ut ledig 75 prosent stilling som sykepleier ved legevakten 1. oktober 2014. Søknadsfristen var 19. oktober 2014 med mulighet for tiltredelse 8. desember 2014. A søkte på stillingen og fikk avslag 3. november 2014.

Det var fire søkere til stillingen, som nå er besatt av en annen søker som hadde tilkallingsvikaravtale ved legevakta.

Saken ble brakt inn for tvisteløsningsnemnda ved brev poststemplet 1. desember 2014. Overfor nemnda har begge parter fått anledning til å komme med utfyllende merknader i saken.

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidstaker:

- brev datert 1. desember 2014 med vedlegg
- brev datert 11. januar 2015 med vedlegg

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev datert 19. januar 2015 med vedlegg
- brev datert 18. februar 2015
- e-post av 16. mars 2015 med vedlegg
- e-post av 16. mars 2015 med vedlegg

Arbeidstakers anførsler

A har nå fast helgestilling på 13 prosent ved B legevakt, og mener hun hadde fortrinnsrett til den utlyste stillingen ved legevakten.

A anfører at hun ble forespeilet utvidelse av stillingen ved første anledning.

A mener hun ble forbigått fordi det forelå et drøftingsnotat i forkant av tilsetningen om at ingen som hadde faste stillinger skulle få utvidet stilling, og at stillingen på 75 prosent ikke kunne deles opp. Hun mener dette notatet ikke gjelder henne fordi det ikke var nevnt i utlysningsteksten.

Arbeidsgivers anførsler

B opplyser at A på søkertidspunktet kun hadde avtale som tilkallingsvikar ved legevakta. Kommunen anså derfor ikke A som fast ansatt ved tilsetning i stillingen, og anfører at hun derfor ikke hadde krav på utvidet stilling etter arbeidsmiljøloven § 14-3.

I forhold til drøftingsnotatet vedrørende stillingen, anfører kommunen at dette ikke berører A, da det omhandlet oppdeling av stillingen, og A søkte på hele stillingen.

Tvisteløsningsnemndas merknader

Tvist mellom arbeidsgiver og arbeidstaker om fortrinnsrett for deltidsansatte kan bringes inn for tvisteløsningsnemnda, jf. arbeidsmiljøloven § 17-2 (1) og § 14-3 (4).

Arbeidsmiljøloven § 14-3 (1) 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 (2). Ved vurderingen av om arbeidstaker er kvalifisert kan det, i henhold til lovens forarbeider, tas hensyn til både faglige og personlige forutsetninger.

Tvisteløsningsnemndas praksis (se blant annet vedtak 76/11 og 38/13) tilsier at det er en forutsetning for å kunne utøve fortrinnsrett etter § 14-3 (1) at den deltidsansatt har et fast ansettelsesforhold i virksomheten. Dette fremkommer blant annet av forholdet til bestemmelsene om fortrinnsrett til ny ansettelse i § 14-2 (2), se nærmere Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) side 227 (annen spalte nest siste avsnitt), og følger også forutsetningsvis av bestemmelsen i § 14-3 (3).

Nemnda må således ta stilling til om A skal betraktes som fast ansatt på det tidspunktet hun gjorde gjeldende fortrinnsrett til den utlyste stillingen, eller på det tidspunkt hun senest kunne utøve fortrinnsrett. A ble tilbudt fast stilling ved Bs brev av 22. september 2014. Hun aksepterte tilbudet 26. september s.å., og avtale om fast ansettelse ble derved inngått samme dag. A tiltrådte stillingen 15. november 2014. A søkte på den omtvistede stillingen 19. oktober 2014 og det ble fattet vedtak om tilsetting av en annen søker 3. november 2014. A fikk avslag på sitt krav om fortrinnsrett til stillingen samme dag. Nemnda legger til grunn at A måtte ha et fast ansettelsesforhold i kommunen senest 3. november 2014 for å kunne påberope seg fortrinnsrett.

Tvisteløsningsnemndas flertall, medlemmene Due, Strøm og Faret, legger videre til grunn at de fleste rettigheter og plikter som følger av arbeidsforholdet etableres ved tiltredelse. Dette gjelder blant annet de helt sentrale rettigheter og plikter i arbeidsforholdet som arbeidsytelsen og lønnsplikten. Prøvetidens lengde beregnes også fra tiltredelsen i henhold til arbeidsmiljøloven § 15-6. Flertallet viser også til Rt. 2004 s. 176 som taler for at arbeidsmiljølovens stillingsvernregler ikke kommer til anvendelse før etter tiltredelsen. Videre følger det av Rt. 1988 s. 766 at de særlige prosessreglene i arbeidsmiljøloven ikke kommer til anvendelse ved tvist om en arbeidsavtale var ugyldig før tiltredelse. Det samme må da gjelde for utøvelse av fortrinnsrett til utvidet stilling, og A tilfredstilte ikke kravet om fast ansettelse i arbeidsmiljøloven § 14-3.

Nemndas flertall har kommet til at A dermed ikke hadde fortrinnsrett til utvidet stilling på tidspunktet da arbeidsgiver fattet vedtak om tilsetting, 3. november 2014.

Nemndas mindretall, medlemmene Solberg og Buflod, mener arbeidstaker var fortrinnsberettiget til utvidelse av sin stilling.

Arbeidstakers aksept av 26. september 2014 innebar at det ble etablert en bindende arbeidsavtale mellom arbeidstaker og kommunen. Det følger av arbeidsmiljøloven § 14-3 (1) at den gjelder «deltidsansatte». Arbeidstaker er ansatt allerede fra tidspunktet for avtaleinngåelsen. Dommen inntatt i Rt. 2004 s. 76 kan ikke tas til inntekt for at det er

tiltredelse som er avgjørende for fortrinnsretten etter arbeidsmiljøloven § 14-3. Dommen behandler spørsmålet om det er avtaleloven eller arbeidsmiljøloven som kommer til anvendelse når arbeidsgiver påberoper seg at arbeidsavtalen er ugyldig forut for tiltredelse. Her kom domstolen til at tiltredelse var avgjørende. Noen anførsel om ugyldighet foreligger imidlertid ikke i denne saken. Det vises også til Stein Evjus artikkel i "Nytt i privatretten" nr 2/ 2004.

Arbeidsmiljølovens utgangspunkt er at den gjelder generelt for virksomhet som sysselsetter arbeidstaker, jf arbeidsmiljøloven § 1-2. Formålet med fortrinnsrett etter arbeidsmiljøloven § 14-3 er å sikre arbeidstakere som allerede er ansatt i virksomheten rett til å utvide sin stilling fremfor at arbeidstaker foretar nyansettelse i virksomheten. Både likestillingshensyn og retten til å skaffe seg en inntekt man kan leve av, er viktige hensyn bak regelen. Fortrinnsrett etter arbeidsmiljøloven § 14-3 griper inn i arbeidsgivers styringsrett for å ivareta disse hensynene. Det er vanskelig å se at arbeidsgiver har noen beskyttelsesverdig interesse i at en arbeidstaker arbeidsgiver har ansatt, ikke skal kunne utøve fortrinnsrett i perioden mellom ansettelse og tiltredelse. Mindretallet er av den oppfatning at arbeidstaker er fortrinnsberettiget fra tidspunktet for inngåelse av arbeidsavtalen, og finner på denne bakgrunn at ansettelsen av den eksterne søkeren var i strid med arbeidstakers fortrinnsrett etter arbeidsmiljøloven § 14-3.

Konklusjon

Arbeidstaker gis ikke medhold.

Tvisteløsningsnemnda

Anne Marie Due
leder

Oslo, 23.03.2015

Til orientering:

Tvister som nevnt i §§ 10-13, 12-14 og 14-3 kan bringes inn for domstolene etter at tvisteløsningsnemndas avgjørelse foreligger, jf arbeidsmiljøloven § 17-2 (2). 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 (3).