

VEDTAK NR 41/12 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Tvisteløsningsnemnda avholdt møte torsdag 6. september 2012.

Ved behandlingen av saken var tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Henning Harborg, leder
Anne-Lise H. Rolland, LO
Elisabeth Lea Strøm, NHO

Særskilt oppnevnte medlemmer

Elin Ødegård, Spekter
Anne-Lene Gabrielsen, Negotia

Saken gjelder

Tvist om fortrinnsrett for deltidsansatte etter arbeidsmiljøloven § 14-3

Arbeidstaker

A

Arbeidsgiver

B

Det ble truffet slikt vedtak:

Saksforhold

A er fast ansatt som assistent i stilling på 50 prosent ved B, med arbeidssted X. Fra høsten 2011 til våren 2012 har hun i lengre perioder fungert i full stilling grunnet sykefravær hos andre ansatte.

I desember 2011 utlyste X ledig vikariat som apotektekniker med mulighet for fast ansettelse. Stillingen ble senere trukket tilbake grunnet mangel på kvalifiserte søkere.

Den 4. mai 2012 ble de ansatte ved apoteket informert om man hadde engasjert en ekstern person til et vikariat som assistent i 100 prosent stilling, med varighet fra 21. mai til 31. oktober 2012.

Saken ble brakt inn for tvisteløsningsnemnda ved brev av 8. mai 2012. Overfor nemnda har begge parter fått anledning til å komme med utfyllende merknader i saken.

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidstaker:

- brev av 8. mai 2012
- brev av 1. juni 2012
- brev av 13. juni 2012
- brev av 19. juli 2012

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev av 29. juni 2012
- brev av 22. august 2012

Arbeidstakers anførsler

A anfører i det vesentligste:

Utøvelse av fortrinnsrett til 50 prosent av det utlyste vikariatet vil ikke medføre en vesentlig ulempe for arbeidsgiver. Sykefraværet blant de ansatte er ikke så omfattende som det arbeidsgiver hevder. At hun takket nei til tilbud om et tre ukers vikariat i mai skyldtes midlertidige helseproblemer, og er ikke relevant for det omstridte vikariatet.

Arbeidsgivers anførsler

B anfører i det vesentligste:

Utøvelse av fortrinnsrett for A vil medføre en vesentlig ulempe for virksomheten.

X har siden høsten 2011 hatt et gjennomsnittlig sykefravær på 20 prosent, noe som har medført store driftsutfordringer. Ettersom flere av de ansatte har vært utsatt for sykdom, ble det ansett som nødvendig ansette en ekstra medarbeider for å ha flere å fordele arbeidsbyrden på. I denne vurderingen inngår at A har hatt relativt høyt sykefravær vinteren 2012, samt at hun takket nei til et tre ukers vikariat i mai på grunn av helseproblemer.

Videre har det vist seg svært vanskelig å rekruttere eksterne søkere til deltidsvikariater, og en oppdeling av den omstridte vikarstillingen ble derfor ikke vurdert som aktuelt.

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

Arbeidsgiver har ikke bestridt at A er faglig kvalifisert til det omstridte vikariatet, men anfører likevel at As sykefravær vinteren 2012 samt hennes helsesituasjon i forkant av vikaransettelsen i mai var medvirkende til at hun ikke ble vurdert som aktuell kandidat. Selv om det ikke kan utelukkes at personlige helseproblemer i spesielle tilfeller kan medføre at en arbeidstaker ikke anses skikket/kvalifisert til stillingsutvidelse, skal det mye til. Slik saken er opplyst, finner nemnda ikke grunnlag for at As helsesituasjon diskvalifiserer henne fra å gjøre fortrinnsrett gjeldende som deltidsansatt.

Det avgjørende for nemnda blir således utøvelse av fortrinnsretten vil medføre vesentlige ulemper for virksomheten, jf. § 14-3 andre ledd. Hva som ligger i begrepet vesentlig ulempe, er ikke nærmere definert i loven. Av lovens forarbeider, Ot. prp. nr. 49 (2004-2005) side 227, 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 er i denne saken snakk om fortrinnsrett til hele den utlyste stilling, og saken reiser derfor i utgangspunktet ikke spørsmål ved ulemper i form av at man blir sittende med en mindre reststilling. At heltidsvikariatet ev. tildeles A, vil imidlertid innebære at A frigjør en deltidsstilling mens vikariatet løper, og arbeidsgiver har anført at det er vesentlig vanskeligere å fylle et slikt deltidsvikariat enn det utlyste heltidsvikariatet. Virkningen er i så fall at det uttalte formål om å få flere hoder ved avdelingen ikke oppnås. Arbeidsgiver har også anført at bakgrunnen for vikariatet er høyt sykefravær ved avdelingen, bl.a. på bakgrunn av As helseproblemer. Nemnda forstår dette slik at det anføres at ansettelse av nettopp A også vil motvirke hensikten med dette vikariatet. Spørsmålet er etter dette om arbeidsgiver kan høres med at utøvelse av fortrinnsrett vil medføre vesentlig ulempe fordi formålet med vikariatet ikke realiseres.

Nemnda har etter en konkret vurdering kommet til at det er tilfellet. Nemnda legger til grunn arbeidsgivers anførsel om at det erfaringsmessig er problematisk å rekruttere vikarer til en deltidsstilling, iallfall for kortvarige vikariater, og at det derfor er stor risiko for at man ikke vil oppnå formålet med å få flere hoder på avdelingen. Selv om As tidligere helseproblemer ikke kan medføre at hun anses uskikket/ukvalifisert til en stillingsutvidelse (se over), må nylige helseproblemer kunne være relevante i ulempevurderingen der det skal tilsettes i et vikariat som er etablert på grunn av et akutt og forhåpentligvis midlertidig behov for flere ansatte å fordele arbeidsbelastningen på. Det er av den grunn særlig relevant at A i forkant av vikaransettelsen takket nei til et tre ukers vikariat grunnet egne helseproblemer. Det legges også en viss vekt på at det dreier seg om et ganske kortvarig vikariat.

Konklusjon

Arbeidstaker gis ikke medhold.

Tvisteløsningsnemnda

Henning Harborg
leder

Oslo, 07.09.2012

Til orientering:

Tvist 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.