

VEDTAK NR 38/11 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Tvisteløsningsnemnda avholdt møte torsdag 16. juni 2011.

Ved behandlingen av saken var tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Henning Harborg, leder
Haakon Skaug, LO
Elisabeth Lea Strøm, NHO

Særskilt oppnevnte medlemmer

Bjørn Saugstad, Utdanningsforbundet
Gry Brandshaug Dale, KS

Saken gjelder

Tvist om fortrinnsrett for deltidsansatte etter arbeidsmiljøloven § 14-3

Arbeidstaker

A

Arbeidsgiver

B kommune, kulturskole

Det ble truffet slikt vedtak:

Saksforhold

A er fast ansatt som kulturskolelærer i 45,6 prosent stilling ved kulturskolen, B kommune. Kulturskolen har om lag 2200 elever og mer enn 40 årsverk.

A er utdannet klaverpedagog og musikkfaglærer, og hennes stilling ved kulturskolen omfatter undervisning innen piano. A har i lengre tid ønsket å få utvidet sin faste stillingsprosent ved skolen, og mener seg forbigått flere ganger. Etter at saken ble fremmet for tvistløsningsnemnda, lyste kulturskolen ut et vikariat på 42,2 prosent stilling i pianoundervisning. A ble tilbudt vikariatet med varighet til 1. mars 2012, og takket ja til dette. A ønsker imidlertid full stilling, og partene er i den forbindelse uenige om hvorvidt As fortrinnsrett er forbigått ved andre anledninger.

Saken ble brakt inn for tvisteløsningsnemnda ved brev av 8. februar 2011. 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. februar 2011
- brev av 17. mars 2011
- brev av 5. april 2011

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev av 3. mars 2011
- brev av 23. mars 2011
- brev av 14. april 2011

Arbeidstakers anførsler

Advokat C, på vegne av arbeidstaker, anfører i det vesentligste:

Det er ved kulturskolen foretatt flere nye ansettelse i stillinger A som deltidsansatt har hatt fortrinnsrett til. A har krav på alle relevante timer det er engasjert vikar til, begrenset oppad til 100 prosent stilling.

Arbeidsgivers anførsler

Kulturskolen, B kommune, anfører i det vesentligste:

Kulturskolen oppfyller lovkravet om fortrinnsrett for deltidsansatte. Skolen administrerer en stor elevmasse, og det er ikke alltid skolens ansatte kan benyttes for kortidsvikariater, grunnet egne undervisningstidspunkter mv. Ved korte vikariater vil det medføre en vesentlig ulempe for virksomheten om det ikke skulle være anledning til å innkalle en vikar som kan ta den totale elevmassen til en fraværende lærer.

Tvistløsningsnemndas 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. 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.

A bragte tvisten inn for tvisteløsningsnemnda i brev av 8. februar 2011. På bakgrunn av fireukersfristen i forskriften § 3 tredje ledd, vil nemnda kun ta stilling til om A har hatt fortrinnsrett til ansettelse foretatt senere 8. januar 2011. For tidligere ansettelse vil fireukersfristen være utløpt.

Slik saken er opplyst for nemnda, er det ved B kulturskole siden 8. januar 2011 foretatt to ansettelse(vikariat) innenfor A sitt kompetanseområde:

1. Z, vikarstilling, varighet fra 24. januar 2011 til 31. mai 2011
2. Y, vikarstilling på 20 prosent, varighet fra 24. januar 2011 til 31. mai 2011

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 her ingen uenighet mellom partene om at arbeidstaker er kvalifisert for de omstridte stillingene og at det i disse er foretatt nye ansettelse i lovens forstand.

Det avgjørende er derfor om utøvelse av fortrinnsrett vil innebære vesentlige ulemper for virksomheten. 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.

A har en fast stilling på 45,6 prosent samt et vikariat på 42,2 prosent, til sammen 87,8 prosent stilling. Hun ønsker sin stilling utvidet til totalt 100 prosent. Hovedtemaet for nemnda blir således hvorvidt A hadde fortrinnsrett til deler av de to omstridte vikariatene, tilsvarende opp til 12,2 prosent stilling.

B kulturskole har anført at A ikke kunne gjøre fortrinnsrett gjeldende for de to stillingene, hovedsakelig fordi hun allerede hadde undervisningstimer på dager som vil være vanskelig å forene med undervisningstidspunktene i de utlyste vikariatene. Spørsmålet nemnda må ta stilling til er om dette vil utgjøre en vesentlig ulempe for virksomheten i bestemmelsens forstand.

Nemnda har i sin vurdering kommet til at en utøvelse av fortrinnsretten for A i dette tilfellet vil medføre en vesentlig ulempe for virksomheten. Slik saken er opplyst, fremstår det som om A i stor utstrekning allerede hadde undervisningstimer på tider som ville være vanskelig å forene med undervisningstidspunktene som tillå de utlyste vikariatene. Nemnda har forståelse for at det ikke uten videre lar seg gjøre å omrokkere fastlagte undervisningstimer uten at dette går ut over oppfølgingen av elevene.

Det legges også en viss vekt på at virksomheten har innvilget A et vikariat på 42,2 prosent, og dermed har vist vilje til å utvide hennes faktiske stilling opp mot 100 prosent. Nemnda påpeker videre at forbeholdet om vesentlig ulempe etter forarbeidene blant annet innebærer at deltidsansatte som gjør fortrinnsrett gjeldende ikke kan velge å søke en andel eller brøk av

den utlyste stillingen, men må akseptere hele den utlyste stilling. Nemnda har tidligere likevel lagt til grunn at forarbeidene ikke kan forstås slik at fortrinnsretten skal være avskåret i alle tilfeller hvor utøvelsen av den vil medføre at det blir igjen en rest av den utlyste stillingen. Virkningen av den ulempen arbeidsgiver blir påført ved å bli sittende med en lav stillingsbrøk, må vurderes konkret, og det kan således åpnes for unntak fra hovedregelen. På bakgrunn av forarbeidene må utgangspunktet likevel være at deling av en utlyst stilling vil utgjøre en vesentlig ulempe for arbeidsgiver, og at det følgelig ikke stilles strenge krav til arbeidsgivers konkretisering av negative virkninger. Nemnda er av den oppfatning at arbeidsgiver i dette tilfellet har konkretisert ulemper i tilstrekkelig grad.

Det er i korrespondansen mellom partene også reist spørsmål ved tildeling av ekstravakter og kortvarige vikariater til andre enn A. Nemnda kan ikke utelukke at utstrakt bruk av vikarer, ekstra- eller tilkallingshjelpere over tid kan anses å være i strid med deltidsansattes fortrinnsrett, og da også slik at det kan gi krav på fast, utvidet stilling, men det er nemndas oppfatning at forholdene ikke ligger slik an i denne saken. Det er her ikke dokumentert bruk av ekstra- eller tilkallingshjelpere i et slikt omfang at det kan ha slike virkninger. Noe annet er spørsmålet om A kunne gjort fortrinnsrett gjeldende til de enkelte kortidsvikartimene som har vært gitt til andre, og som ikke har kollidert med hennes egne faste undervisningstimer. Under forutsetning av at ekstra-/tilkallingsvaktene ikke er å anse som deltidsansatte, kan det være en problemstilling, og nemnda forstår arbeidstakers krav slik at hun mener at enkelte av vaktene skulle vært tildelt henne. Slik saken er opplyst, finner nemnda imidlertid ikke tilstrekkelig grunnlag for å konkludere med at det er tilfelle.

Konklusjon

Arbeidstaker gis ikke medhold

Tvisteløsningsnemnda

Henning Harborg
leder

Lillestrøm, 17.06.2011

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.

