

VEDTAK NR 69/10 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Tvisteløsningsnemnda avholdt møte onsdag 13. oktober 2010 i Regjeringskvartalet, R5.

Ved behandlingen av saken var tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Henning Harborg, leder
Karen Sophie Steen, LO
Elisabeth Lea Strøm, NHO

Særskilt oppnevnte medlemmer

Børge Benum, KS
Unni Rasmussen, Fagforbundet

Saken gjelder

Tvist om fortrinnsrett for deltidsansatte etter arbeidsmiljøloven § 14-3

Arbeidstaker

A

Arbeidsgiver

B kommune

Det ble truffet slikt vedtak:

Saksforhold

A har en fast stilling på 21 prosent i B kommunen som røykdykker, utrykningsleder og sjåfør i B brannvesen, avd. X. I mars 2010 søkte han på fulltidsstilling som fagarbeider, teknisk drift i B kommune. I stillingsannonsen fremkom at fagarbeiderstillingens hovedarbeidsområder var vedlikehold av kommunale veier/veilys, parker, kirkegårder, vannforsyning og avløpsnett. Kvalifikasjonskrav var maskinførerbevis og førerkort kl CE.

I søknaden viste A til at han jobber i en stilling på 21 prosent i brannvesenet og at han ønsket utvidet stillingsprosent fra 21 til 100 prosent.

Søknaden ble avslått 30. april 2010, og A fikk samtidig opplyst at C var tilsatt. I e-post av 2. mai 2010 klaget A over ansettelsen, idet han hevdet fortrinnsrett til stillingen etter arbeidsmiljøloven § 14-3. I brev av 14. juni 2010 opplyste kommunen at C ble tilbudt stillingen ut fra en helhetsvurdering av erfaring og praksis, og at han ble ansett å være best kvalifisert.

Saken ble brakt inn for tvisteløsningsnemnda ved brev av 8. juli 2010 fra adv. D på vegne av A. Overfor nemnda har begge parter fått anledning til å komme med utfyllende opplysninger/kommentarer.

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra A ved adv. D:

- brev av 8. juli 2010 med vedlegg
- brev av 12. august 2010 med vedlegg
- brev av 1. september 2010
- brev av 5. oktober 2010

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra B kommune/adv. E:

- brev av 10. august 2010 med vedlegg
- brev av 23. september 2010

Arbeidstakers anførsler

A anfører i det vesentligste:

Fristen for å bringe tvisten inn for nemnda er overholdt. Ordlyden ”arbeidsgiver avslø krav fra arbeidstaker” i forskrift om tvisteløsningsnemnd § 3 må forstås slik at avslaget gjelder kravet om å benytte fortrinnsretten. Det var først etter at A klaget på tilsetningen at kommunen kan ha vurdert om A hadde fortrinnsrett, slik at fristen først kan ha blitt utløst ved kommunens brev av 14. juni 2010. Det var først da kommunen tok stilling til spørsmålet om fortrinnsrett.

Subsidiært må A få fristoppreisning, jf. prinsippene i forvaltningsloven § 31. Nemnda har også i tidligere praksis åpnet for dette, for eksempel i sak 51/07. A kan ikke lastes for å ha oversittet fristen, idet han umiddelbart klaget over avslaget til kommunen. Han har ventet på kommunens svar, uten at han har vært kjent med ordningen om tvisteløsningsnemnd eller de

frister som gjelder for å fremme sak. Da han først ble kjent med ordningen ble tvisten fremmet innen tre dager. Dessuten foreligger særlige grunner som uansett gjør det rimelig at nemnda realitetsbehandler saken. Det fremheves bl.a. at det er av stor betydning for A å få spørsmålet prøvet. I tillegg vises det til at det er usikkert om domstolene kan behandle tvisten med mindre den er realitetsbehandlet av nemnda, jf. arbeidsmiljøloven § 17-2 annet ledd.

A er kvalifisert for fagarbeiderstillingen, og det er ikke godtgjort at utøvelse av fortrinnsretten i dette tilfellet vil innebære vesentlig ulempe for arbeidsgiver. Midlertidig ansatte ved brannstasjonen på X er tidligere gitt fortrinnsrett til stilling i B kommune, teknisk drift. I kommunen har det vært utbredt praksis å benytte ansatte ved brannstasjonen til arbeidsoppgaver innenfor ansvarsområdet til teknisk drift. Det er nær driftsmessig sammenheng mellom enhetene. Stillingene har om lag de samme arbeidsoppgavene.

Arbeidsgivers anførsler

B kommune anfører i det vesentligste:

Klagen er for sent fremsatt etter forskrift om tvisteløsningsnemnd § 3 tredje ledd. Fireukersfristen må regnes fra A ble meddelt at han ikke fikk jobben. Hans søknad av 10. februar 2010 er formulert som en søknad om utvidet stillingsprosent, og derfor inneholdt et krav om fortrinnsrett.

Vilkårene for oppreisning for fristoverskridelse etter forvaltningsloven § 31 er ikke oppfylt. A synes å ha vært klar over reglene om fortrinnsrett, og han har hatt all anledning til å undersøke om det var frister for å følge opp et avslag. For øvrig er rettsvillfarelse som hovedregel ikke unnskyldelig i norsk rett.

Den som fikk tilbudet om stillingen som fagarbeider har tiltrådt stillingen, og det er ingen ledig stillingshjemmel for A, slik at unntaket i forvaltningsloven § 31 andre ledd under enhver omstendighet må komme til anvendelse.

Som brannkonstabel kan A ikke hevde fortrinnsrett til stillingen som fagarbeider, teknisk. Arbeidsoppgavene i stillingene er ikke om lag de samme. Det er heller ikke slik at midlertidig ansatte ved brannstasjonen tidligere har fått arbeid i teknisk avdeling fra på grunn av at de har hatt fortrinnsrett. De har blitt ansatt på vanlig måte og ut fra at de har blitt vurdert som best kvalifisert.

En eventuell utøvelse av fortrinnsretten vil medføre vesentlig ulempe for virksomheten. Ved en tilsetning av A i fulltidsstillingen ville kommunen sitte igjen med en stilling på 21 prosent.

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. Frist for å bringe saken inn for nemnda utløper fire uker etter at arbeidsgiver avsto krav fra arbeidstaker, jf. forskrift om tvisteløsningsnemnd etter arbeidsmiljøloven § 3 tredje ledd.

Nemnda viser til at A i sin søknad fremsatt et ønske om større stillingsandel. Dette må forstås som et krav om fortrinnsrett. Kravet må anses avslått ved B kommunes brev av 30. april 2010 der A ble orientert om at en annen søker var tilsatt. At kommunen drøfter bestemmelsen i §

14-3 er ikke en forutsetning for at ansettelsesvedtaket skal anses som et avslag på et krav om fortrinnsrett. A brakte tvisten inn for tvisteløsningsnemnda i brev av 8. juli 2010. Det er derfor i utgangspunktet ingen tvil om at arbeidstaker i denne saken har oversittet fristen.

Arbeidstaker har krevet oppreisning mot fristoversittelsen, og vist til prinsippene i forvaltningsloven § 31. Verken loven eller forskriften har regler om fristoppreisning, men det er riktig som påpekt av A at nemnda ved enkelte anledninger har gitt fristoppreisning etter analogisk anvendelse av bestemmelsene forvaltningsloven § 31. Etter denne bestemmelsen kan tvister i saker der klagefristen er oversittet likevel tas under behandling såfremt a) klageren ikke kan lastes for å ha oversittet fristen, eller b) det av særlige grunner er rimelig at klagen blir prøvd. Det skal ved avgjørelsen legges vekt på hvorvidt det kan medføre skade eller ulempe for andre om saken blir behandlet til tross for fristoversittelsen.

De få tilfellene av at nemnda har gitt fristoppreisning gjelder spesielle, og helt andre, saker enn denne. For det første har det dreid seg om tilfeller der arbeidsgiver har hatt i alle fall et medansvar for tidsbruken etter fristen ble utløst, og heller ikke har påberopt fristoversittelsen. For det annet – og viktigere – har fristoppreisning kun vært gitt i tilfeller der arbeidstaker har kunnet levere en ny søknad og derved uansett ville hatt krav på ny behandling. Det vises i den sammenheng til begrunnelsen i sak 51/07 som arbeidstaker selv har vist til:

”Det legges også vekt på at B ikke har påberopt seg at saken er for sent fremmet, og at det neppe vil medføre skade eller ulempe for B om saken blir behandlet nå, ettersom saken er av en slik art at A kunne sendt inn ny søknad og derigjennom fremtvunget ny behandling.”

Denne saken ligger vesentlig annerledes an, også fordi den berører forholdet til en tredjeperson. Nemnda trenger ikke i denne saken ta stilling til om oppreisning i en sak som dette overhodet kan gis idet det uansett må være på det rene at det må kreve helt ekstraordinære omstendigheter. Det er ikke tilfellet her, og saken må derfor bli å avvise som for sent fremsatt.

Uten at det har betydning for den avgjørelse som er tatt, legger nemnda for ordens skyld til at den i sin praksis har lagt til grunn at det ikke er tilstrekkelig for å kunne gjøre fortrinnsrett gjeldende at arbeidstaker er kvalifisert for stillingen. Det må etter forarbeidene til bestemmelsen i tillegg kreves at arbeidsoppgavene i de to stillingene er om lag de samme. Det kreves da noe mer enn at arbeidstaker allerede utfører noen av de oppgavene som tilligger den utlyste stillingen. Etter nemndas syn fremstår det som rimelig klart at arbeidsoppgavene i den utlyste stillingen som fagarbeider er andre enn de arbeidsoppgavene A har i sin nåværende stilling som brannmann.

Konklusjon

Saken avvises.

Tvisteløsningsnemnda

Henning Harborg
leder

Lillestrøm, 14.10.2010

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.