

VEDTAK I TVISTELØSNINGSNEMNDA

For behandling av sak nr 14/2006 i tvisteløsningsnemnda ble det mandag 11.09.06 avholdt møte ved Arbeidstilsynets regionkontor i Oslo, Steners gate 1 D.

Ved behandlingen av saken var tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Seniorrådgiver Hanne Inger Bjurstrøm (leder), advokat Elisabeth Lea Strøm (NHO) og advokat Anette Lunde Barlinn (LO)

Særskilt oppnevnte medlemmer

Anders Skattkjær (LO, Fellesforbundet)
Henrik Munthe (Mediebedriftenes Landsforening)

Saken gjelder

Twist om fortrinnsrett for deltidsansatte etter arbeidsmiljøloven § 14-3

Arbeidstaker

A

Arbeidsgiver

B

Det ble truffet slikt

vedtak:

Saksforhold

A er utdannet programingeniør og arbeider i B. Fra mars 1998 til august 2000 arbeidet han i ulike vikariater som programsekretær/fotograf/klipper i B Hordaland og B Troms. Etter toårig utdannelsesfravær har han fra våren 2002 arbeidet sammenhengende som korttidsvikar og tilkallingsvikar i virksomheten. Ved avtale av 11.03.04 ble A ansatt som såkalt "tilkallingsvikar", med stillingsbetegnelse "fotoredigerer og lydtekniker". Ved avtale av 12.10.04 ble stillingsbetegnelsen endret til "journalist". Kontrakten er ikke tidsbegrenset og angir ingen fast stillingsprosent. Det er fra arbeidstakers side opplyst at A arbeidsytelse gjennom 2005 og hittil i 2006 utgjør en deltidsstilling på om lag 50 prosent.

B Hordaland utlyste i januar 2006 en 100 % fast stilling som nyhetsfotograf/TV-produsent i B Hordaland. A søkte 20.01.06 den utlyste stillingen. Han ble innkalt til intervju, men fikk 21.02.06 beskjed fra B om at han ikke ville få stillingen.

D brakte saken inn for tvisteløsningsnemnda på vegne av A ved klage av 20.03.06 og etterfølgende brev av 10.04.06. Overfor tvisteløsningsnemnda har begge parter fått anledning

til å komme med utfyllende merknader til saken. Det vises i denne forbindelse til prosesskrift datert 14.06.06 fra B v/ advokat C.

Arbeidstakers anførsler

I prosesskrift av 10.04.06 har prosessfullmektig advokat D, på vegne av A, gjort rede for arbeidstakers syn på saken. Det vises til dette dokumentet i sin helhet.

Fra arbeidstakers side anføres i hovedsak:

A ansettelsesforhold har en slik karakter at bestemmelsen om fortrinnsrett i arbeidsmiljølovens § 14-3 må få anvendelse. Under enhver omstendighet må A anses som fast ansatt. Han har en underliggende arbeidskontrakt som etter ordlyd og innhold ikke er tidsavgrenset, og den er over lang tid praktisert på en måte som gjør at A de facto har hatt B som eneste arbeidsgiver i et omfang som tilsvarer en høy stillingsprosent. Gjennom henvisning til gjeldende tariffavtaler inneholder kontraktene fullverdig regulering av alle vesentlige sider ved arbeidsforholdet, herunder oppsigelsestid.

A tilfelle har også likhetstrekk med tvistegjenstanden i Rt 2005 side 826, der Høyesterett kom til at en arbeidsavtale av tilsvarende art som etter sin ordlyd ikke var tidsavgrenset, likevel måtte bedømmes som en ulovlig midlertidig ansettelse i forhold til § 58 A i daværende arbeidsmiljølov.

Funksjonene i den utlyste stillingen ligger innenfor A faglige kompetanse. Den vesentligste delen av stillingen innebærer arbeid som nyhetsfotograf, som er en funksjon A i årevis har fylt i B. Videre har A tidligere, og så sent som høsten 2005, vikariert for vedkommende som tidligere hadde stillingen.

A var en av fem søkere som ble innkalt til intervju, noe som i seg selv indikerer at B anser ham som kvalifisert for den utlyste stillingen. A utfører allerede det vesentligste av de arbeidsoppgaver som tilligger stillingen – fotografering og redigering. Den delen av arbeidet som han tidligere ikke har utført i B – arbeidet som TV produsent – ligger i kjerneområdet for A programingeniørutdanning.

På denne bakgrunn hevdes det at A har fortrinnsrett til den utlyste stillingen.

Arbeidsgivers anførsler

B anfører at arbeidsmiljøloven § 14-3 ikke kommer til anvendelse i denne saken, fordi paragrafen gjelder deltidsansatte som har et fast ansettelsesforhold i bedriften. B hevder at A ikke er – og heller aldri har vært – fast ansatt i B. Han har vært lovlig midlertidig ansatt, jf arbeidsmiljøloven § 14-9, i forskjellige vikariatene fra sommeren 2002. I prosesskriftet av 14.06.06 gir B en nærmere redegjørelse for behovet bak vikariatene og de funksjoner som A har ivare tatt i sine vikariatene.

Videre anføres at det i seg selv ikke er tilstrekkelig til å betrakte A som fast ansatt at den siste tilkallingsvikar avtalen ikke er tidsbegrenset. De momenter som ellers ble tillagt vekt i Høyesterettsdommen fra sommeren 2005 (Rt 2005 side 826) er ikke til stede i denne saken. A har ikke vært forpliktet til å stille til arbeid og B har ikke vært forpliktet til å ringe ham når det har vært behov for en tilkallingsvikar. Hvert oppdrag har hver for seg tilfredsstillende vilkårene til midlertidig tilsetting i arbeidsmiljøloven § 14-9, slik at en på forhånd inngått avtale isolert sett ikke kan få den virkning at arbeidsforholdet må betraktes som fast.

B hevder at dersom nemnda mener den må foreta en prejudisiell vurdering av hvorvidt A er å anse som fast eller midlertidig ansatt, må saken avvises. Dette fordi det ligger utenfor nemndas kompetanseområde etter arbeidsmiljøloven § 17-2 å foreta en slik vurdering. Vurderingen må foretas av en alminnelig domstol.

Subsidiært anfører B at A ikke har krav på fortrinnsrett etter arbeidsmiljøloven § 14-3. Anførselen er i hovedsak begrunnet slik:

For at bestemmelsen skal komme til anvendelse, må den aktuelle stillingen ha om lag de samme arbeidsoppgaver som den deltidsansatte allerede utfører. Funksjonen som A hadde som tilkallingsvikar (fotograf) innebærer ikke om lag de samme arbeidsoppgaver som tilligger funksjonen som nyhetsfotograf/TV produsent. Den utlyste stillingen er således en vesentlig utvidelse av oppgaver og ansvar og stiller krav til teknisk innsikt, helhetsoversikt og ansvar for andre ansatte som en fotograf ikke har.

Heller ikke de andre deltidsstillingene som A har hatt i B har om lag de samme arbeidsoppgaver som tilligger den utlyste stillingen.

Atter subsidiært anfører B at A ikke ble vurdert som kvalifisert for den utlyste stillingen.

At A ble innkalt til intervju, innebærer ikke i seg selv at han ble vurdert som kvalifisert for stillingen. Etter praksis ble alle de tre søkerne som var vikarer ved B Hordaland, herunder A, innkalt til intervju. Meningen med innkallingen var å gi dem mulighet for å fremme søknaden muntlig.

Videre hevdes at A ikke har de nødvendige lederegenskaper som kreves, og erfaring fra andre funksjoner som A har ivaretatt viser dessuten at han ikke behersker stress under direktesending på en tilfredsstillende måte.

B tilbakeviser at funksjonene i den utlyste stillingen ligger innenfor A faglige kompetanse og at hoveddelen av stillingen utgjøres av arbeidsoppgaver som han i årevis har utført i B. I denne sammenheng bemerker B at A aldri har fungert i TV produsent funksjonen som vikar for den som tidligere hadde den utlyste stillingen (D). Det ble foretatt en omfordeling av D sine arbeidsoppgaver i hans fravær og en annen medarbeider enn A tok seg av produsentfunksjonen. Bakgrunnen for omfordelingen var at A ble vurdert som uaktuell fordi han ikke hadde den nødvendige kompetanse til å gå direkte inn i produsentfunksjonen.

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. Ut fra sakens opplysninger legger nemnda til grunn at A 21.02.06 ble meddelt at han ikke fikk den utlyste stillingen. Saken ble brakt inn for tvisteløsningsnemnda ved brev av 20.03.06. Saken er dermed rettidig innbrakt for tvisteløsningsnemnda.

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 annet ledd.

Tvisteløsningsnemnda legger til grunn at det er en forutsetning for å kunne utøve fortrinnsretten etter § 14-3 første ledd at den deltidsansatte har et fast ansettelsesforhold i virksomheten. Som begrunnelse for dette vises det blant annet til forholdet til bestemmelsene om fortrinnsrett til ny ansettelse i § 14-2 (2), se nærmere Ot prp nr 49 for 2004 – 2005 side 227 (annen spalte nest siste avsnitt).

Partene i saken er uenige om hvorvidt A har et fast ansettelsesforhold i B. Det følger av de bestemmelsene i arbeidsmiljøloven § 17-2, som regulerer tvisteløsningsnemndas kompetanse, at nemnda har kompetanse til å ta stilling til ”tvist som nevnt i ...§ 14-3”. Det nemnda i medhold av denne bestemmelsen har kompetanse til å ta stilling til er en tvist om hvorvidt betingelsene som bestemmelsen oppstiller for å utøve fortrinnsretten for en deltidsansatt i fast stilling er oppfylt. Det ligger således utenfor nemndas kompetanse å ta stilling til en tvist om hvorvidt den deltidsansatte er fast ansatt eller ikke. Tvisteløsningsnemnda legger således til grunn at nemnda ikke kan ta opp til behandling krav etter § 14-3 første ledd hvor det foreligger en reel tvist mellom partene om karakteren av det underliggende ansettelsesforholdet.

Tvisteløsningsnemnda kan derfor ikke ta saken opp til realitetsbehandling.

Konklusjon

Saken avvises.

Tvisteløsningsnemnda

Hanne Inger Bjurstrøm
leder

Oslo, 09.10.06

Til orientering:

Tvist om rett til redusert arbeidstid 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.