

VEDTAK I TVISTELØSNINGSNEMNDA

For behandling av sak nr. 56/2007 i tvisteløsningsnemnda, ble det den 14. desember 2007 avholdt møte i departementsbygningen (R5), Akersgata 59

Tvisteløsningsnemndas faste medlemmer

Henning Harborg (leder), Elisabeth Lea Strøm (NHO) og Haakon Skaug (LO)

Særskilt oppnevnte medlemmer

Ingrid Schönning, HSH
Berit Regland, Farmasiforbundet

Saken gjelder

Tvist om fortrinnsrett for deltidsansatt etter arbeidsmiljøloven § 14-3

Arbeidstaker

A

Arbeidsgiver

B

Det ble truffet slikt

vedtak:

Sakens bakgrunn

A er ansatt som apotektekniker i 55 prosent stilling ved B. A var i foreldrepermisjon i tidsrommet desember 2005 til 1. september 2007, og ble i permisjonstiden kjent med at det var foretatt en ansettelse av apotektekniker i fast stilling på 80 prosent fra 1. januar 2007. Stillingen ble ikke utlyst. I brev av 28. juni 2007 gjorde A derfor krav på fortrinnsrett til 80 prosent stilling. Arbeidstaker avslo kravet i brev av 30. juli 2007.

A sendte saken til tvisteløsningsnemnda i brev av 6. august 2007.

Partene har fått anledning til å komme med yterligere merknader til saken.

Arbeidstakers anførsler

Arbeidstaker anfører at arbeidsgiver og samarbeidsutvalg kjente til at A ønsket utvidelse av sin faste deltidsstilling på 55 prosent, da de ansatte vikaren fast. Det visers til at hun i tillegg til den faste stillingen hadde et 25 prosent vikariat ved virksomheten da hun gikk ut i permisjon.

Den omtvistede stillingen ble ikke utlyst internt eller eksternt, og heller ikke andre deltidsansatt fikk tilbudt om å øke sine stillinger.

A viser videre til arbeidsgivers tilbud om fast ansettelse i stilling på 100 prosent ved hovedapoteket i X. A fikk tilbudet på et møte 24. mai der hun også fikk vite om den omtvistede ansettelsen. Dette ville medføre lang reise vei, herunder ekstra reiseutgifter til buss og båt. For A var dette ikke aktuelt da hun har tre barn og er bosatt på Y der B ligger. Hun avsto derfor tilbudet.

Arbeidsgivers anførsler

Arbeidsgiver viser til at A krav på fortrinnsrett vil medføre vesentlig ulempe for virksomheten, og derfor ikke kan gjøres gjeldende.

Med dagens arbeidsmarked er det en stor utfordring for bransjen å finne riktig arbeidskraft da det er stor mangel på kvalifisert helsepersonell. Av hensyn til apotekets drift og dets medarbeidere mener arbeidsgiver å ha opptrådt forsvarlig ved å gå til en nyansettelse.

Det vises til at en av virksomhetens medarbeidere sa opp sin stilling 1. desember 2006. Bemanningssituasjonen og utvidede arbeidsoppgaver i apoteket på dette tidspunktet gjorde det nødvendig å erstatte denne med en ny medarbeider. Dette ble drøftet med de tillitsvalgte i samarbeidsutvalget, hvor det ble enighet om at apoteket ikke hadde behov for å øke stillingsstørrelser, men få en ny medarbeider ansatt.

Også apotekets åpningstider, med blant annet lørdagsåpnet, gjør det viktig for turnusavvikling å ha et visst antall medarbeidere slik at arbeidstakerne ikke må ha for hyppige lørdagsvakter. I tillegg kommer ferieavvikling hvor det må være tilfredsstillende bemanning.

A har tidligere fått tilbud om fast stilling på 100 prosent ved hovedapoteket, C, noe hun har takket nei til.

Tvistløsningsnemndas merknader

Tvist mellom arbeidsgiver og arbeidstaker om fortrinnsrett for deltidsansatte kan bringes inn for tvisteløsningsnemnda, jf. arbeidsmiljøloven § 17-2 første ledd. Fristen for å bringe saken inn for tvisteløsningsnemnda er fire uker etter at arbeidsgiver avsto krav fra arbeidstaker, jf. forskrift om tvisteløsningsnemnd etter arbeidsmiljøloven § 3, tredje ledd. Arbeidsgiver avsto krav om fortrinnsrett den 30. juli 2007. A brakte tvisten inn for nemnda i brev 6. august 2007. Saken anses rettidig innbrakt.

Etter arbeidsmiljølovens § 14-3 første ledd har deltidsansatte fortrinnsrett til utvidet stilling fremfor at arbeidsgiver foretar ny ansettelse i virksomheten. Fortrinnsretten er betinget av at arbeidstaker er kvalifisert for stillingen og at utøvelsen av fortrinnsretten ikke vil innebære vesentlig ulempe for virksomheten, jf. § 14-3 andre ledd.

Arbeidsgiver har ikke reist tvil om at A er kvalifisert for den utlyste stillingen. Tvisten knytter seg derfor utelukkende til om utøvelse av fortrinnsretten medfører en vesentlig ulempe for arbeidsgiver.

Hva som ligger i begrepet vesentlig ulempe er ikke nærmere definert i loven. Av lovens forarbeider, Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) kap. 17.2.6 s. 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. I henhold til de nevnte forarbeider vil forbeholdet om vesentlig ulempe blant annet innebære at deltidsansatte som gjør fortrinnsrett gjeldende ikke kan gjøre krav på en andel eller brøk av den utlyste stillingen, men må akseptere hele den utlyste stilling. Dersom den utlyste stillingen kun er en mindre stillingsbrøk som kan kombineres med den deltidsstilling arbeidstakeren allerede har, er utgangspunktet at vedkommende kan utøve fortrinnsrett. Virksomhetens behov for å ansette flere personer for å unngå å komme i konflikt med lovens regler om ukentlig hvile mv., kan etter omstendighetene likevel tilsi at vilkårene for utøvelse av fortrinnsrett ikke er tilstede. Det kan også være relevant for arbeidsgiver å påberope seg at fortrinnsretten fører til vesentlig ulempe for de øvrige arbeidstakerne, f.eks. i form av at disse får et betydelig innslag av arbeid på ubekvemme tidspunkter (natt eller søndagsarbeid) fordi det er færre personer å dele arbeidet på.

Nemndas *flertall* Henning Harborg, Haakon Skaug, Berit Regland og Elisabeth Lea Strøm har kommet til at A kan gjøre fortrinnsretten gjeldende.

Arbeidsgiver anfører at man ikke hadde mottatt krav om fortrinnsrett fra arbeidstaker da stillingen skulle besettes. Som et utgangspunkt tilligger det ikke arbeidsgiver en generell plikt til å undersøke om en arbeidstaker ønsker å gjøre fortrinnsrett gjeldende. Arbeidsgiver må imidlertid gi de fortrinnsberettigede en reell mulighet til å gjøre fortrinnsretten gjeldende – enten ved utlysning av stillingen eller ved annen informasjon til de ansatte. Nemnda merker seg at arbeidsgiver drøftet tilsettingen med de tillitsvalgte, men det kan etter nemndas oppfatning ikke være tilstrekkelig i dette tilfellet ettersom A var i foreldrepermisjon og bare hun selv kunne vurdere om hun ønsket å gjøre fortrinnsretten gjeldende. Det er nemndas oppfatning at arbeidsgiver i dette tilfellet burde sørget for å avklare om A ønsket å gjøre fortrinnsretten gjeldende. Det vises til at A før hun gikk ut i permisjon hadde et 25 prosent vikariat i tillegg til sin faste 55 prosent deltidsstilling, hvilket bør ha gitt arbeidsgiver klare indikasjoner på at hun ønsket å øke sin faste stilling. I den forbindelse legges det også vekt på at B er en virksomhet av en slik begrenset størrelse at det må kunne forventes at arbeidsgiver har oversikt over og følger opp aktuelle arbeidstakere for stillingen.

Flertallet merker seg arbeidsgivers henvisning til det vanskelige arbeidsmarkedet, og at det derfor var gunstig å ansette vikaren som allerede arbeidet ved apoteket. Arbeidsgiver anfører videre ulempe knyttet til turnusavviklingen, og viser til nødvendighetene av å ha tilstrekkelig antall ansatte for å unngå at de ansatte ved apoteket må arbeide for mange lørdagsvakter. Arbeidsgiver påpeker også generelle utfordringer i tilknytning til ferieavvikling. Flertallet ser nødvendigheten av flere ansatte for å få en hensiktsmessig fordeling av vakter og gjennomføring av ferieavviklingen, og har forståelse for at det vil være lettere å få tilgang på nye, kompetente arbeidstakere til faste stillinger. Slik saken er opplyst mener nemnda imidlertid at det fra arbeidsgivers side ikke i tilstrekkelig grad er sannsynliggjort at utøvelse av fortrinnsrett konkret ville medføre vesentlige ulemper for virksomheten, slik som loven krever. Flertallet legger særlig vekt på at det ut fra saksopplysningene ikke er noe som tyder på at arbeidsgiver konkret har forøkt å avhjelpe en eventuell ulempe forbundet med A utøvelse av fortrinnsrett, f.eks. ved å tilby vikaren stillingen som ville ha blitt ledig etter A.

Flertallet har derfor kommet til at A fyller vilkårene for å utøve fortrinnsrett etter loven.

Nemndas *mindretall*, Ingrid Schønning, er av den oppfatning at fortrinnsrett for A vil medføre en så vesentlig ulempe for virksomheten at fortrinnsretten ikke kan gjøres gjeldende.

Konklusjon

A gis medhold i sitt krav om fortrinnsrett for deltidsansatt etter arbeidsmiljøloven § 14-3

Tvisteløsningsnemnda

Henning Harborg, leder

Oslo, 06.03.08

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