

VEDTAK NR 30/08 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Twisteløsningsnemnda avholdt møte torsdag den 19.06.08 i departementsbygning R4, Einar Gerhardsens plass 1, Oslo.

Ved behandlingen av saken var tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Henning Harborg, leder (vara for Hanne Inger Bjurstrøm)
Karl Inge Rotmo, LO
Tor Brustad, NHO (vara for Elisabeth Lea Strøm)

Særskilt oppnevnte medlemmer

Bjarne Gilje, Fellesorganisasjonen
Børge Benum, KS

Saken gjelder

Twist om fortrinnsrett for deltidsansatte etter arbeidsmiljøloven § 14-3

Arbeidstaker

A

Arbeidsgiver

B

Det ble truffet slikt

vedtak:

Saksforhold

A er fast ansatt som hjelpepleier ved B kommune i stilling på 50 prosent, med arbeidssted ved Tjeneste for funksjonshemmede (TFF).

A søkte om utvidet stilling til 100 prosent i forbindelse med at det var foretatt ekstern utlysning av to faste stillinger på 100 prosent som vernepleier ved TFF. Søknadsfristen var 21. januar 2007.

Det var fem søkere til stillingene. Tre av søkerne var fast ansatt på deltid i kommunen, en var midlertidig ansatt i kommunen og en var ekstern søker. De fire interne søkerne ble innkalt til intervju, og intervjuene ble gjennomført med hovedtillitsvalgt fra Fagforbundet tilstede.

Stillingene ble tilbudt en av de fast ansatte og den midlertidige ansatte. A ble innstilt som vara til begge stillingene. Alle de fem søkerne ble muntlig orientert om utfallet av ansettelsesprosessen i slutten av mars 2007.

I ettertid ble hovedtillitsvalgt i Fagforbundet oppmerksom på at fortrinnsretten for deltidsansatte går foran midlertidige ansatte og sendte da en e-post, datert 10. april 2007, til arbeidsgiver hvor det ble påpekt at innstillingen var feil. I brev av 16. april 2007 sendte hovedtillitsvalgt brev til kommunen med forslag til ny innstilling, med A som nummer en til den ene stillingen. Det ble subsidiært bedt om et drøftingsmøte med kommunen.

I svarbrev av 26. april 2007 tilbakeviste kommunen at bestemmelsen om fortrinnsrett etter arbeidsmiljølovens kommer til anvendelse i den aktuelle saken.

Den 30. april 2007 ble det avholdt drøftingsmøte mellom hovedtillitsvalgt og arbeidsgiver. Arbeidsgiver ble under møtet orientert at om at A anså seg som fortrinnsberettiget til stillingen som ble tilbudt den midlertidige ansatte. Kommunen fastholdt at de innstilte søkerne ville bli ansatt i de utlyste stillingene. Det ble ikke skrevet referat fra drøftingsmøtet.

A, representert av Fagforbundets hovedtillitsvalgt, brakte saken inn for tvisteløsningsnemnda i brev av 25. mai 2007, sendt per faks til sekretariatet for nemnda den 25. mai 2007.

Overfor nemnda har begge parter fått anledning til å komme med utfyllende merknader.

Arbeidstakers anførsler

A anfører at han etter reglene om fortrinnsrett for deltidsansatte har krav på å få utvidet sin stilling til en fulltidsstilling.

A er uenig i kommunens anførsel om at fristen for å bringe saken inn for tvisteløsningsnemnda er oversittet. Arbeidstaker anser drøftingsmøtet den 30. april 2007 for endelig avslag på fortrinnsretten. Det var dette drøftingsmøtet som danner grunnlaget for at A ønsket å bringe saken inn for nemnda. A bemerker at det er svært beklagelig at det ikke ble nedtegnet referat fra møtet.

Det påpekes videre at A ikke mottok skriftlig melding fra arbeidsgiver om at han ikke fikk stillingen som vernepleier.

A tilbakeviser arbeidsgivers anførsel om at den utlyste stillingen ikke kan deles opp i mindre brøker. Han viser til hovedtariffavtalen hvor det fremgår; "Det er ingen forutsetning at den deltidstilsatte skal måtte ta hele den ledige stillingen".

Stillingene som ble lyst ledig var vernepleierstillinger. A viser til at han er utdannet vernepleier og følgelig kvalifisert for stillingen. I hovedtariffavtalens § 2.3 fremgår det at deltidsansatte skal, ved intern utlysning i kommunen, tilbys utvidelse av sitt arbeidsforhold inntil hel stilling, dersom vedkommende er kvalifisert.

A viser videre til hovedtariffavtalens vedlegg 2 hvor det fremgår; "*Del bør vurderes om den deltidsansatte gjennom kompetanseheving kan kvalifiseres til å få utvidet sitt arbeidsforhold*". A har på eget initiativ gjennomført kompetanseheving.

Arbeidsgivers anførsler

Kommunen anfører at A ikke har fortrinnsrett til de utlyste stillingene.

For det første hevder kommunen at saken er for sent fremsatt, jf. forskrift om tvisteløsningsnemnd etter arbeidsmiljøloven § 3 tredje ledd. Kommunen avsto A og Fagforbundets krav om fortrinnsrett i brevet den 26. april 2007. Saken er av A og

Fagforbundet fremmet for tvisteløsningsnemnda ved brevet datert 25. mai 2007. Fireukersfristen er med dette oversittet og saken må avvises.

Subsidiært anfører kommunen at A ikke oppfyller vilkårene for fortrinnsrett etter arbeidsmiljølovens § 14-3.

Kommunen hevder at en deltidsansatt bare har krav på å få utvide sin eksisterende deltidsstilling, og ikke til å få en heltidsstilling som går utover dette. Forutsetningen er altså at den deltidsansatte fortsetter i deltidsstillingen han har og utvider denne med en annen deltidsstilling med samme innhold og på samme nivå. Han kan ikke kreve at arbeidsgiver deler opp en stilling eller tilpasser denne. Det vises til Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) side 330. De ledige stillingene som vernepleier var begge på 100 prosent, mens A har en stilling på 50 prosent som hjelpepleier. A har derfor ikke krav på å få utvide sin 50-prosentstilling med en av de ledige heltidsstillingene.

Videre anfører kommunen at deltidsansatte ikke har fortrinnsrett til enhver stilling i virksomheten som han måtte være utdanningsmessig kvalifisert for. Kommunen viser til Innst. 0. nr. 100 (2004-2005). Kommunalkomiteen understreker at fortrinnsretten gjelder ”stillinger som om lag har de samme arbeidsoppgavene som den deltidsansatte allerede utfører”. A har deltidsarbeid som hjelpepleier i TFF. Selv om vernepleierstillingen kan sies å være innen samme fagområde, mener kommunen at stillingene og arbeidsoppgavene er forskjellige. Forskjellene knytter seg både til de formelle kvalifikasjonene, men også til faktiske arbeidsoppgaver som medikamentutdeling, veiledningsansvar og fagansvar. Med andre ord dreier det seg her om en helt annen stilling både innholdsmessig og når det gjelder ansvar.

Arbeidsgiver påpeker at fortrinnsretten etter arbeidsmiljøloven § 14-3 og HTA punkt 2.3 også er begrenset til stillinger på samme nivå og i samme kategori. Konsekvensen av A syn ville være at arbeidsgiver blir fratatt sin adgang til å ansette den som alt i alt er best kvalifisert for en stilling.

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 er fire uker etter at arbeidsgiver avsto krav fra arbeidstaker, jf forskrift om tvisteløsningsnemnd etter arbeidsmiljøloven § 3 tredje ledd. Partene er uenige om når endelig avslag ble gitt. Arbeidsgiver anfører at avslag ble gitt A i brev av 26. april 2007. A anfører på sin side at drøftingsmøtet den 30. april 2007 må anses for det endelig avslaget. Sekretariatet for tvisteløsningsnemnda mottok arbeidstakers brev, datert 25. mai 2007, per faks den 25. mai 2007. Nemnda understreker at den ikke er bundet av partenes anførsler i spørsmålet om saken er rettidig innbrakt.

Nemndas medlemmer er delt i sitt syn på om arbeidstaker har oversittet fristen for å bringe tvisten inn for nemnda. Flertallet, Henning Harborg, Tor Brustad og Børge Benum, legger til grunn at saken må avvises da den er for sent fremsatt. Fristen begynte å løpe fra det tidspunkt arbeidstaker mottok avslaget på søknaden om utvidet stilling. Det følger av brev fra Fagforbundet at A ble muntlig orientert av arbeidsgiver i slutten av mars 2007, og dette må etter flertallets syn være utgangspunktet for friststart i denne saken. Loven stiller ikke formkrav til avslaget, og også muntlige beskjeder må derfor virke fristutløsende så lenge de tydelig gir uttrykk for avslaget slik tilfellet var her. Saken ble brakt inn for nemnda den 25. mai 2007 og er følgelig fremsatt for sent.

Nemndas mindretall, Karl Inge Rotmo og Bjarne Gilje, er av den oppfatning at saken er brakt inn til nemnda rettidig.

I utgangspunktet er fortrinnsrett til utvidet stilling for deltidsansatte en lovfestet rettighet som arbeidsgiver har plikt til å vurdere uavhengig om arbeidstaker har påberopt seg fortrinnsrett eller ei.

Fireukersfristen for å bringe en sak inn for Tvisteløsningsnemnda løper fra det tidspunkt arbeidsgiver har avslått arbeidstakers krav. I en sak hvor arbeidstaker ikke har vist til fortrinnsretten, og arbeidsgivers ansettelsesvedtak ikke sier noe om fortrinnsrett er vurdert, mangler et avslag som utløser fristen. Etter mindretallets oppfatning vil det ikke være tilstrekkelig for å utløse fristen at arbeidstaker har blitt gjort kjent med at vedkommende ikke har blitt tilsatt. Når forskriften regner fristen fra arbeidsgivers avslag, må det normalt forstås som et avslag i forhold til det krav eller den rettighet som er framsatt eller påberopt. Likevel kan det ikke være slik at arbeidstaker kan komme lenge etter i tid og bringe fortrinns spørsmålet inn i en allerede avsluttet tilsettingssak. Både hensynet til den tilsatte og arbeidsgiver tilsier at arbeidstaker ikke kan vente lenge etter at tilsettingen er gjort, før spørsmålet om fortrinnsrett bringes inn ovenfor arbeidsgiver.

Slik forholdene er i denne saken, er det uklart når, og i hvilken form, arbeidstaker fikk kjennskap til at han ikke var ansatt. Siden det er arbeidsgiver som har fordelen av at fristoverskridelse konstanteres, bør det også som hovedregel være arbeidsgiver som har bevisbyrden her. Selv om forskriften ikke setter formkrav til arbeidsgivers avslag, vil et skriftlig avslag gi notoritet rundt dette spørsmål.

Uten at nemnda er direkte bundet av partene når det gjelder et slikt prosessuelt spørsmål, må det legges vekt på at arbeidsgiver selv anser at avslaget er gitt 26. april 2006. Det er uansett ikke holdepunkter for å anse selve ansettelsesvedtaket kjent for arbeidstaker før tidligst mars/april 2006. Deretter gikk det ca 2 uker før Fagforbundet kontaktet B kommune med krav om fortrinnsrett. Dette kravet ble avslått ved kommunens brev av 26. april 2006 og fastholdt i drøftingsmøte 30. april 2008.

Mindretallet standpunkt er at saken er brakt inn for Tvisteløsningsnemnda rettidig på bakgrunn av kommunens brev 26. april 2006 under hensyn til rammene for en normal postgang.

Konklusjon

Saken avvises.

Tvisteløsningsnemnda

Henning Harborg, leder

Oslo, 28.08.08

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.