

VEDTAK NR 95/09 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Tvisteløsningsnemnda avholdt møte tirsdag den 24. november 2009 i Arbeidstilsynets lokaler, Lillestrøm.

Ved behandlingen av saken var tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Henning Harborg, leder
Haakon Skaug, LO
Tor Brustad (vara), NHO

Særskilt oppnevnte medlemmer

Børge Benum, KS
Torbjørn Sundal, EL & IT Forbundet

Saken gjelder

Tvist om fortrinnsrett for deltidsansatte etter arbeidsmiljøloven § 14-3

Arbeidstaker

A

Arbeidsgiver

B fylkeskommune

Det ble truffet slikt vedtak:

Saksforhold

A har siden 1999 vært ansatt som IKT-systemansvarlig i B fylkeskommune. A innehar i dag en fast stilling på 50 prosent som IKT-systemansvarlig ved X videregående skole.

X videregående skole utlyste eksternt en stilling på 100 prosent som laboratorietekniker 5. februar 2009. Det følger av utlysningsteksten at arbeidsoppgavene bl.a. vil være laborering ved elektrofaglig seksjon, vedlikehold av utstyr, forberedelse av innkjøp, vedlikehold av elektrisk/ elektronisk utstyr. Det fremgår videre at det primært søkes etter tekniker med minimum teknisk fagskole og fagbrev innen elektro og/eller data/elektronikk.

Den 16. februar 2009 søkte A om å få utvide sin stilling fra 50 til 100 prosent og gjorde gjeldende fortrinnsrett for deltidsansatte etter arbeidsmiljøloven § 14-3.

I innstilling fra rektor ved X videregående skole av 3. april 2009 ble en ekstern søker innstilt til stillingen. Delta tilkjennega i brev av 17. april 2009 at de var uenig i rektors innstilling og viste bl.a. til at de mente at A hadde fortrinnsrett til stillingen. På denne bakgrunn ble saken fremmet for partssammensatt utvalg i B fylkeskommune. Innstillingen ble behandlet og enstemmig vedtatt i partssammensatt utvalg i fylkeskommunen den 3. juli 2009. A ble 3. juli 2009 muntlig orientert om at hans søknad var avslått.

Ekstern søker er tilsatt i stillingen.

Saken ble brakt inn for tvisteløsningsnemnda ved brev av 24. juli 2009. Overfor nemnda har begge parter fått anledning til å komme med utfyllende merknader i saken.

Det foreligger følgende dokumenter fra Delta:

- brev av 24. juli 2009
- brev av 31. august 2009

Det foreligger følgende dokumenter fra B fylkeskommune:

- brev av 28. september 2009
- notat av 17. november 2009

Arbeidstakers anførsler

På vegne av A anføres i det vesentligste:

A har som deltidsansatt i stilling på 50 prosent fortrinnsrett til utvidet stilling. Fortrinnsretten kan gjennomføres enten ved at han beholder sin opprinnelige stilling og utvider denne med 50 prosent av den utlyste stillingen eller ved at han tiltrer hele den utlyste stillingen med den følge at hans nåværende stilling på 50 prosent blir ledig.

Stillingen som IKT-systemansvarlig og stillingen som laboratorietekniker har sammenfallende oppgaver, og det anføres at arbeidsgivers inndeling av arbeids- og ansvarsoppgaver for de to stillingene bygger på et foreldet syn. Den faglige og teknologiske utvikling har medført at laborering i hovedsak foretas på data og elevene benytter data anslagsvis 80 prosent av tiden sin.

Ved en annen skole i fylkeskommunen ble det utlyst en stilling som laboratorietekniker på omtrent samme tidsrom som den omtvistede stillingen. Der fremgikk det av utlysningsteksten at vedkommende måtte påregne en del IT-arbeid. Dette underbygger at stillingene som IKT-systemansvarlig og laboratorietekniker har sammenfallende oppgaver. Det samme gjør det faktum at også IKT-systemansvarlig foretar innkjøp.

A er kvalifisert til stillingen som laboratorietekniker. Av utlysningsteksten fremgår det at det primært søkes etter teknikere med minimum teknisk fagskole og fagbrev innen elektro/ og eller data/elektronikk. Formuleringen i utlysningen åpner for alternative kvalifikasjoner. A har treårig videregående utdanning med serviceelektronikk og toårig teknisk fagskole med elektronikk/data som innebærer en formalkompetanse som er høyere enn nivået for fagbrev. Derfor har han ikke fremstilt seg for fagprøve. A er selv medlem av prøvenemnda han kan ta fagprøve i og har i tillegg vurdert hvilke realkompetansekrav som skal stilles for fagprøve til IKT driftsfag. Arbeidsgiver er gjort kjent med at A kan fremstille seg for fagprøve.

At arbeidsgiver midlertidig tilsatte A i 50 prosent stilling som laborant frem til den fast ansatte kunne tiltre, underbygger også at A er kvalifisert til stillingen. Arbeidsgivers påstand om at han kun ivaretar den administrative delen av stillingen og ikke den faglige delen av stillingen fremstår som uforståelig.

Arbeidsgiver har i sin vurdering av fortrinnsrett ikke tatt hensyn til at A kan tiltre den utlyste stillingen i 100 prosent, og det blir derfor feil når ulempevurderingen utelukkende knyttes til ulempen ved å tiltre laboratorieteknikerstillingen i 50 prosent.

Arbeidsgivers anførsler

B fylkeskommune anfører i det vesentligste:

Stillingen som IKT-systemansvarlig i sitt grunnpreg er så ulik stillingen som laboratorietekniker at fortrinnsrett etter arbeidsmiljøloven § 14-3 ikke kan gjøres gjeldende. De to stillingene anses ikke å ha sammenfallende funksjoner. IKT-systemansvarlig skal drifte skolens IKT-system og nettverksystem og forvalte skolens IKT-utstyr. Det innebærer klargjøring og vedlikehold av elevenes PC-er. Organisatorisk er stillingen plassert i skolens fellesfunksjoner og har assisterende rektor som sin nærmeste foresatte.

Laboranttekniker skal klargjøre elektronisk- og elektroutstyr som skal brukes i undervisningen. Stillingen innebærer involvering i ulike prosjekter hvor elevene får bistand og utfører sine arbeidsoppgaver i laboratoriet. Laboratorietekniker er en støttefunksjon i elektroseksjonen og har avdelingsleder for elektrofag og byggfag som sin nærmeste foresatte.

A anses ikke å være kvalifisert for stillingen som laboratorietekniker da han mangler fagbrev som er et absolutt krav. Det faktum at han ble tilsatt midlertidig i stillingen i fem måneder i påvente av at laboratorietekniker kunne tiltre i stillingen, endrer ikke på det faktum at han ikke anses kvalifisert. Midlertidig ansettelse ble i dette tilfellet valgt for å avhjelpe en vanskelig situasjon ved skolen.

Fylkeskommunen har lagt til grunn at A ønsker å utvide sin inneværende stilling med 50 prosent stilling som laboratorietekniker da dette er det eneste alternativet som har fremkommet i saken. Etter fylkeskommunens oppfatning vil en slik oppdeling av stillingen

medføre en vesentlig ulempe. Skolen er ut fra arbeidsoppgavene avhengig av å få besatt hele den utlyste stillingen. Under intervju med aktuelle søkere kom det frem at ingen av dem ønsket stilling på 50 prosent hvilket underbygger at det vil være vanskelig for fylkeskommunen å få kvalifiserte søkere til en slik stilling.

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 avsto krav fra arbeidstaker, jf forskrift om tvisteløsningsnemnd etter arbeidsmiljøloven § 3 tredje ledd. Søknaden om fortrinnsrett for A ble avslått av B fylkeskommune muntlig den 3. juli 2009. Delta brakte tvisten inn for tvisteløsningsnemnda i brev av 24. juli 2009. Saken anses dermed som rettidig innbrakt.

Arbeidsmiljøloven § 14-3 første ledd fastsetter at deltidsansatte har fortrinnsrett til utvidet stilling fremfor at arbeidsgiver foretar ny ansettelse i virksomheten.

Det følger av forarbeidene til bestemmelsen (Innst. O. nr. 100 for 2004-2005 pkt 17.2) at fortrinnsretten til utvidelse etter § 14-3 kun gjelder stillinger med om lag de samme arbeidsoppgaver som den deltidsansatte allerede utfører. Nemndas flertall, medlemmene Harborg, Skaug, Brustad og Benum, finner at det ikke er tilfelle i denne saken. Slik saken er opplyst for nemnda innebærer stillingen som IKT-systemansvarlig andre oppgaver enn stillingen som laboratorietekniker. Det er også lagt en viss vekt på at stillingen er plassert et annet sted i organisasjonen. Flertallet finner derfor i tråd med forarbeidene og tvisteløsningsnemndas vedtak i sakene 13/09, 27/09, 28/09, 86/09 at A ikke kan gjøre fortrinnsrett gjeldende etter § 14-3.

Flertallet finner etter dette ikke grunn til å ta stilling til om A kan anses kvalifisert for stillingen som laboratorietekniker og hvorvidt utøvelse av fortrinnsrett vil medføre vesentlig ulempe for virksomheten.

Nemndas mindretall, medlemmet Sundal, finner på bakgrunn av de fremlagte opplysningene i saken at det ikke er en slik forskjell på innholdet i den stillingen A har i dag og innholdet i laboratorieteknikerstillingen at fortrinnsrett ikke kan gjøres gjeldende. Slik saken er opplyst for nemnda legger mindretallet videre til grunn at A er kvalifisert til stillingen som laboratorietekniker. Av utlysningsteksten fremgår det at det *primært* søkes etter teknikere med minimum teknisk fagskole og fagbrev innen elektro og/eller data/elektronikk. Formuleringen åpner etter mindretallets oppfatning for alternative kvalifikasjoner, og mindretallet finner at A er kvalifisert for stillingen. Det vises til at A har treårig videregående utdanning med serviceelektronikk og toårig teknisk fagskole med elektronikk/data som innebærer en formalkompetanse som er høyere enn nivået for fagbrev. Det er i denne vurderingen også sett hen til at A er medlem av prøvenemnda som vurderer andres fagprøver.

Fortrinnsretten er betinget av at utøvelse av retten ikke 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) kapittel 17.2.6 side 227, fremgår det at dette vil dette bero på en konkret vurdering av om utøvelse av fortrinnsretten i det enkelte tilfelle vil gi urimelige utslag for virksomheten. Etter forarbeidene vil forbeholdet om vesentlig ulempe blant annet innebære 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. 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. Tvisteløsningsnemnda har i tidligere saker lagt til grunn at forarbeidene ikke kan forstås slik at fortrinnsrett uten videre skal være avskåret i alle tilfeller hvor utøvelsen av den vil medføre at det blir igjen en reststilling, uavhengig av om det etter en konkret vurdering kan påvises en vesentlig ulempe for arbeidsgiver å bli sittende igjen med en lav stillingsbrøk. Selv om virkningene for arbeidsgiver må vurderes konkret og det altså ikke kan utelukkes at man kan gjøre fortrinnsrett gjeldende til en del av en utlyst stilling, kan det på bakgrunn av lovens forarbeider ikke stilles store krav til arbeidsgivers konkretisering av negative virkninger.

Mindretallet finner i denne saken at arbeidsgiver ikke i tilstrekkelig grad har dokumentert at det vil medføre vesentlig ulempe å dele opp den utlyste stillingen. Det vises til at A ble tilsatt i et midlertidig engasjement i den samme stillingen. Det vises også til at arbeidsgiver ikke har gjort andre undersøkelser enn å spørre tre andre søkere om de ville være interessert i halv stilling. At de andre søkerne gir uttrykk for at de vil ha hel stilling, gir ikke tilstrekkelig grunnlag for å konkludere med at det vil være vanskelig å fylle en halv stilling. Hvorvidt utvalget av søkere kunne vært annerledes hvis det ble lyst ut en stilling i 50 prosent er ikke vurdert av arbeidsgiver. Arbeidsgiver har videre kun vurdert den virkning at skolen blir sittende med en halv laboratorieteknikerstilling, og ikke muligheten for at A tiltrer hele laboratorieteknikerstillingen og derved frigjør den halve stillingen han har. Mindretallet har ikke grunnlag for å si at det vil være spesielle vanskeligheter med å finne en arvtaker til den stilling A i så fall ville frigjøre. Mindretallet finner etter dette at A skulle hatt fortrinnsrett til stillingen.

Konklusjon:

Arbeidstaker gis ikke medhold

Tvisteløsningsnemnda

Henning Harborg
leder

Lillestrøm, 7. desember 2009

Til orientering:

Twist 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.

