

## **VEDTAK NR 25/12 I TVISTELØSNINGSNEMNDA**

**Tvisteløsningsnemnda avholdt møte fredag 20. april 2012.**

Ved behandlingen av saken var tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

### **Faste medlemmer**

Henning Harborg, leder  
Settemedlem Vetle W. Rasmussen, Parat  
Elisabeth Lea Strøm, NHO

### **Særskilt oppnevnte medlemmer**

Bengt Norbakken, Gand menighet  
Randi Moskvil Letmolie, KA

### **Saken gjelder**

Tvist om fortrinnsrett for deltidsansatte etter arbeidsmiljøloven § 14-3

### **Arbeidstaker**

A

### **Arbeidsgiver**

B

## **Det ble truffet slikt vedtak:**

### **Saksforhold**

A er ansatt som kantor i stilling på 50 prosent hos B med hovedarbeidssted i X kirke.

A søkte i brev av 26. desember 2011 på en internt utlyst stilling som kantor i Z kirke, som også hører inn under B, altså samme arbeidsgiver. Han gjorde fortrinnsrett gjeldende, men gjorde oppmerksom på at han var klar over at kvalifikasjonskravet kunne bli et tema.

A ble innkalt til intervju og prøvespill torsdag 5. januar 2012. Intervjugruppen leverte en anbefaling til B, som 11. januar 2012 vedtok at A ikke hadde fortrinnsrett til stillingen på grunn av manglende kvalifikasjoner. Det ble også besluttet at stillingen skulle lyses ut eksternt. Søknadsfrist for stillingen var 15. februar 2012.

Musikernes fellesorganisasjon (MFO) sendte på vegne av A et brev til arbeidsgiver 26. januar 2012 hvor de opplyste at de var uenige i avgjørelsen og at de ville bringe saken inn for tvisteløsningsnemnda. De ba også om forhandlingsmøte for om mulig å komme til enighet. Forhandlingsmøte ble avholdt 7. februar 2012 uten at partene kom til enighet. Arbeidsgivers vurdering var at A ikke var kvalifisert for stillingen og at den muligens hadde andre arbeidsoppgaver enn den stillingen A innehar. MFO hevdet at A er kvalifisert og har fortrinnsrett til stillingen.

Saken ble brakt inn for tvisteløsningsnemnda av LOs advokat C på vegne av A ved brev av 8. februar 2012. Overfor nemnda har begge parter fått anledning til å komme med utfyllende merknader i saken.

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidstaker:

- brev med vedlegg datert 8. februar 2012
- brev med vedlegg datert 13. februar 2012
- brev datert 7. mars 2012
- brev med vedlegg datert 26. mars 2012

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev med vedlegg datert 9. mars 2012
- brev datert 17. april 2012

### **Arbeidstakers anførsler**

A, representert av advokat C fra LO, anfører at han har fortrinnsrett til stillingen som kantor/organist i Z menighet. Det anføres i det vesentligste:

A er kvalifisert til stillingen som kantor/organist i Z kirke. Arbeidsgiver har ikke underveis i arbeidsforholdet tatt opp de forhold som de anfører gjør ham personlig uegnet til full stilling som kantor. Eksempelvis er det aldri avklart med A hvor lenge i forveien av kirkelige handlinger han er forventet å møte opp. Han har heller aldri kommet for sent.

Kvalifikasjonskravet til stillingen er at man skal ha erfaring fra korarbeid. A anfører at korledelse inngår i utdannelsen hans og at han har drevet barnekor i cirka 18 år av sin 36 års praksis som kantor.

Det bestrides at kravet til arbeid med gudstjenesteutvalg og trosopplæring er et kvalifikasjonskrav.

Det anføres at det ikke kan kreves at kvalifikasjonene ligger på et høyere nivå enn det som er gjennomsnittlig for stillingen og at man ikke kan unnlate å ansette den fortrinnsberettigede fordi det er mulig å få tilsatt en søker med bedre kvalifikasjoner. Det er heller ikke anledning til å gi stillingen et annet navn eller unødvendige kvalifikasjonskrav for å omgå reglene om fortrinnsrett.

Det anføres at kantorstillingene i de to kirkene innebærer om lag de samme arbeidsoppgavene. Begge stillingene er kantorstillinger med om lag samme musikalske oppgaver. Det påpekes at korarbeid ligger innenfor de ordinære arbeidsoppgaver som kantor. Det er et krav at alle kirker skal ansette en kantor som musikalsk leder med mindre det ikke melder seg søkere med slik utdanning. Til X kirke søkte man etter en organist/kirkemusikalsk leder mens man til Z kirke søkte kantor/organist. Altså søkte begge kirkene fortrinnsvis kantor, eventuelt organist. Det kan ikke tillegges avgjørende vekt at oppgavene i Z kirke er noe mer utadrettet. I praksis er også stillingen i X kirke utadrettet. At den utlyste stillingen vil medføre mer arbeid skyldes nok først og fremst at det er en full stilling mot 50 prosent i X kirke.

Det anføres avslutningsvis at det ikke ville medføre vesentlige ulemper for arbeidsgiver å innvilge As søknad om fortrinnsrett.

### **Arbeidsgivers anførsler**

B anfører at A ikke er kvalifisert for den omtvistede stillingen samt at stillingen ikke har ”om lag de samme arbeidsoppgaver” som stillingen A innehar. Det hevdes i det vesentligste:

Utlysningstekstene for de to stillingene gir et godt bilde av hvor forskjellige stillingene er. I X kirke ble det bevisst ikke søkt etter kantor, men organist/kirkemusikalsk leder. Det ble her ikke stilt krav til utdanning, selv om det ikke var noen ulempe at man fikk dette. I Z kirke var det derimot ønske om kantor med åpning for annen relevant utdanning. Det ble søkt etter kantor/organist.

Stillingen som kantor i Z kirke er av en helt annen art enn stillingen A har i X kirke. Utlysningen gjenspeiler andre og mer avanserte oppgaver, som aktivt arbeid i gudstjenesteutvalg, med trosopplæringsreform m. m.. Det anføres at planlegging og utvikling av kirkemusikalsk aktivitet er viktig i Z, eksempelvis korarbeid, konserter og øvrige arrangementer. Dette har ikke vært bedrevet i X som er en mindre kirke hvor oppgavene begrenser seg til gudstjenester og kirkelige handlinger. Stillingen i Z kirke er mye mer utadrettet stilling enn As nåværende stilling, noe som stiller andre krav til personlig egnethet.

Arbeidsgiver har foretatt en omfattende prosess for å vurdere As kvalifikasjoner og konkludert med at A ikke er kvalifisert for stillingen. Dette er hovedsakelig på bakgrunn av personlige kvalifikasjoner, men arbeidsgiver antar også at han ikke er kvalifisert for de andre oppgavene utenom selve orgelspillet. Dette er blant annet basert på en vurdering av As prøvespilling og uttalelser fra referansene som ble innhentet for å vurdere As korarbeid, siden han ikke bedriver dette i X kirke. Det anføres også at A svarte dårlig på spørsmål om arbeid i gudstjenesteutvalg, trosopplæring m. m.

Det anføres at stillingen i Z krever en helt annen evne til initiativ, ledelse, pålitelighet og samarbeid. Problemer i As arbeidsutførelse skal ha vært tatt opp med ham ved flere tilfeller tidligere. Det anføres videre at hans sene oppmøte til ulike arrangementer viser dårlig vurderingsevne. Dette er enda viktigere i Z kirke hvor det skal samarbeides med flere aktører. At arbeidsgiver ikke har oppgitt noe eksakt oppmøtetidspunkt skyldes at dette må vurderes i hvert enkelt tilfelle avhengig av behovene i tjenesten. Et par minutter før start vil imidlertid alltid være for sent.

Det anføres avslutningsvis at det ikke finnes standardstillinger i denne type utøvende kunstnerisk virksomhet hvor det er stort behov for tilpasning til den enkelte virksomhets behov. Nemnda bør være forsiktig meg å overprøve arbeidsgivers vurdering i slike tilfeller.

Det anføres at dersom saken ikke er inngitt til tvisteløsningsnemnda den 8. februar 2012 så er saken for sent fremsatt. Arbeidsgiver ber om at nemnda vurderer fristspørsmålet.

### **Tvisteløsningsnemndas merknader**

Nemnda gjør oppmerksom på at LOs varamedlem Lornths Nagelhus fratradte behandlingen av saken fordi arbeidstaker representeres av en kollega av Nagelhus i LOs juridiske avdeling. Som følge av dette har nemnda utpekt Vetle W. Rasmussen, advokat i Parat, som settemedlem av nemnda.

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.

Tvisteløsningsnemnda finner det dokumentert at søknaden om fortrinnsrett for A ble avslått av B den 11. januar 2012. Fristen for å bringe tvisten inn for tvisteløsningsnemnda utløp dermed den 8. februar 2012. Nemnda finner det bevist at LOs advokat C på vegne av A sendte saken til tvisteløsningsnemnda den samme dagen, nemlig 8. februar 2012. Den påførte stemplingsdatoen på dokumentet er notert av Arbeidstilsynets arkivpersonale på bakgrunn av konvoluttens stempel. 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. 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 andre ledd.

Det følger av forarbeidene til bestemmelsen (Innst. O. nr. 100 for 2004-2005 pkt. 17.2) at fortrinnsretten til utvidelse etter § 14-3 gjelder stillinger med om lag de samme arbeidsoppgaver som den deltidsansatte allerede utfører noe nemndas flertall, medlemmene Harborg, Strøm, Rasmussen og Letmolie, etter en konkret vurdering finner ikke er tilfellet i denne saken selv om stillingstittelen i begge tilfeller er "kantor". Flertallet har lagt vekt på innholdet i utlysningene og partenes beskrivelser av de to stillingene. Det er lagt vesentlig vekt på at A i sin nåværende jobb ikke bedriver korarbeid, aktivt arbeid i gudstjenesteutvalg, trosopplæringsreform m. m. og at stillingen betegnes som betydelig mer utadrettet enn den han innehar i X kirke.

Nemndas flertall finner etter dette ikke grunn til å ta stilling til om A kan anses som kvalifisert for stillingen i Z kirke eller om utøvelse av fortrinnsrett ville medført vesentlig ulempe for virksomheten.

Til tross for ulike stillingsbenevnelser i utlysningsteksten legger nemndas mindretall, Bengt Norbakken, vekt på at begge stillingene i realiteten er kontorstillinger. At omfanget i den utlyste stillingen er noe videre mener mindretallet ikke kan tillegges avgjørende vekt i spørsmålet om stillingene er om lag de samme. Det bemerkes også at B anser A å være faglig skolert og inneha den nødvendige kompetanse i form av utdanning og praksis all den tid han p.t. er ansatt og lønnet som kantor i den stilling som ble utlyst som Organist/Kirkemusikalsk leder. Mindretallet legger derfor til grunn at A har de nødvendige faglige kvalifikasjonene for stillingen, og ettersom mindretallet ikke finner det tilstrekkelig dokumentert at A ikke er egnet til stillingen, anser mindretallet ham kvalifisert til stillingen.

Ettersom flertallet har kommet til at stillingene ikke er om lag de samme ser ikke mindretallet noen grunn til å ta stilling til om utøvelsen av fortrinnsretten vil innebære en vesentlig ulempe.

### **Konklusjon**

Arbeidstaker gis ikke medhold.

Tvisteløsningsnemnda

Henning Harborg  
leder

Lillestrøm, 08.05.2012

### **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.