

VEDTAK NR 156/17 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Tvisteløsningsnemnda avholdt møte onsdag 21. juni 2017.

Ved behandlingen av saken var tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Anne Marie Due, leder
Per H. Engeland, Virke
Ragnhild Bø Raugland, Akademikerne (vara)

Særskilt oppnevnte medlemmer

Kristine Støre, Spekter
Pål Nordby, HK

Saken gjelder

Tvist om fortrinnsrett for deltidsansatte etter arbeidsmiljøloven § 14-3

Arbeidstaker

A

Arbeidsgiver

B

Det ble truffet slikt vedtak:

Saksforhold

A er fast ansatt som varehusmerarbeider i stilling på 10 prosent for B med arbeidssted ved X. A har vært ansatt siden juni 2011.

Høsten 2016 ble det utlyst flere stillinger som følge av at det ble etablert et nytt varehus i Y. A søkte den 5. oktober 2016 på utlysning som gruppeleder og som varehusmedarbeider, begge i full stilling. A deltok på intervju den 19. januar 2017

I møte mellom partene den 1. februar 2017 ble A opplyst at han ikke ville bli tilbudt stillingen som gruppeleder og at han ikke var vurdert opp mot stillingen som varehusmedarbeider.

Saken ble brakt inn for tvisteløsningsnemnda ved brev datert 23. februar 2017. Overfor nemnda har begge parter fått anledning til å komme med utfyllende merknader i saken.

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidstaker:

- brev datert 23. februar 2017
- brev datert 21. mars 2017
- e-post av 27. mars 2017
- brev datert 6. juni 2017

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev av 7. mars 2017
- brev av 4. april 2017
- e-post av 9. juni 2017
- e-post av 15. juni 2017

Arbeidstakers anførsler

A anfører i det vesentligste at han er kvalifisert, og har fortrinnsrett til stillingen som varehusmedarbeider etter arbeidsmiljøloven § 14-3. Arbeidsoppgavene er de samme som han har i sin nåværende stilling, og han ønsker å ta over hele stillingen. Han kjenner seg ikke igjen i noe av innholdet i påstandene som er lagt frem av arbeidsgiver for å begrunne avslaget, og dette er heller ikke tatt opp med han tidligere. Arbeidsgivers skriftlige varsel har han heller ikke mottatt på noe tidligere tidspunkt.

Det forhold at han har arbeidet mer enn sin avtale stillingsprosent og fortsatt arbeider ved varehuset etter at saken kom inn for nemnda, viser at han tar ansvar og er skikket for stillingen.

Arbeidsgivers anførsler

B anfører i det vesentligste at A ikke er personlig egnet for stillingen, og at han dermed ikke har fortrinnsrett til stillingen etter arbeidsmiljøloven § 14-3.

Arbeidsgiver er enig i at A oppfyller de formelle kravene for stillingen, og er av den oppfattelse at han er en dyktig arbeidstaker når han er i humør og har rett dagsform. Det foreligger imidlertid flere konkrete episoder som viser arbeidstakers manglende vilje til å tilpasse adferd og reaksjonsmønster. Dette i tillegg til måten han reagerer på når han blir konfrontert med overnevnte forhold, har ledet til et skriftlig varsel og er årsaken til at arbeidsgiver mener han ikke er personlig kvalifisert for større stilling enn den han innehar i dag.

Det har vært utlyst og ansatt personer i større stillinger enn den A innehar i dag. Herunder ansettelse av gruppeledere og overflytting av medarbeidere fra varehuset i X. I tillegg har enkelte ansatte ved varehuset i X fått utvidet sine stillinger. Stillingen A søkte på, ble besatt av en annen intern søker med fortrinnsrett.

Tvisteløsningsnemndas merknader

Tvist mellom arbeidsgiver og arbeidstaker om fortrinnsrett for deltidsansatte kan bringes inn for tvisteløsningsnemnda, jf. arbeidsmiljøloven § 17-2 (1) og § 14-3 (4). I henhold til forskrift om tvisteløsningsnemnd etter arbeidsmiljøloven § 2 settes nemnda med leder og to faste medlemmer. I tillegg er det oppnevnt ytterligere to medlemmer med særlig kunnskap om den bransjen som er berørt i saken (bransjemedlemmer).

A har ikke gjort gjeldende krav på fortrinnsrett til stillingen som gruppeleder overfor nemnda. Nemnda vil derfor kun vurdere spørsmålet om fortrinnsrett til stillingen som varehusmedarbeider. Videre legger nemnda til grunn at arbeidstaker i nærværende sak har fremmet krav om hele den utlyste stillingen på 100 prosent, og at han i så fall vil si opp sin faste stilling på 10 prosent. Saksforholdet skiller seg derfor fra saksforholdet i Høyesteretts dom 25. april 2016 (HR-2016-00867-A) Nemnda mener det i et slikt tilfelle – i utgangspunktet – vil være grunnlag for å utøve fortrinnsrett, jf. nemndas vedtak 105/16 og 202/16.

Arbeidsmiljøloven § 14-3 (1) 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 (2). Ved vurderingen av om arbeidstaker er kvalifisert kan det, i henhold til lovens forarbeider, tas hensyn til både faglige og personlige forutsetninger.

Forarbeidene (Ot.prp. nr. 49 for 2004-2005 pkt. 17.2.6, jf. pkt. 17.1.4) viser til dagjeldende rettspraksis og slår fast at kvalifikasjonskravet skal forstås på samme måte som tilsvarende begrep i dagjeldende arbeidsmiljølovs § 67 (videreført i § 14-2).

Med personlige forutsetninger menes blant annet personlige egenskaper som har betydning for hvordan vedkommende kan utføre sine egne arbeidsoppgaver. Dette kan for eksempel være evnen til å motivere medarbeidere i relasjon til en lederstilling, overtalelsesevner i relasjon til en salgsstilling eller serviceinnstilling eller kunde-/klienttekte i relasjon til et serviceyrke. Videre følger det av Høyesteretts dom Rt. 2003 s. 1754 at det i vurderingen også kan legges vekt på personlige egenskaper som ikke har direkte betydning for arbeidstakerens utførelse av egne arbeidsoppgaver. Som eksempler peker dommen på tilfeller der arbeidstaker skaper store samarbeidsvansker eller på andre måter bidrar til et dårlig arbeidsmiljø for andre ansatte.

Fortrinnsretten etter arbeidsmiljøloven § 14-3 (2) er betinget av at arbeidstaker er «kvalifisert» for stillingen. Ordlyden i fortrinnsrettsbestemmelsen legger opp til et bredt skjønn som ikke behøver å være sammenfallende med en vurdering av om det er grunnlag for oppsigelse.

Nemnda legger i tråd med partenes opplysninger til grunn at A oppfyller de formelle krav for stillingen og at hans nåværende stilling inneholder de samme oppgaver.

På grunnlag av de opplysninger og dokumenter nemnda har fått seg forelagt, finner nemnda ikke grunn til å sette arbeidsgivers vurderinger av As kvalifikasjoner til side. Arbeidsgiver har vist til at A har vist manglende evne og/eller vilje til å tilpasse sin adferd og sitt reaksjonsmønster. Videre vises det til hans reaksjoner når arbeidsgiver har påpekt de kritikkverdige forholdene. Nemnda finner etter en helhetsvurdering av sakens opplysninger og de forhold arbeidsgiver har vist til at A ikke oppfyller kvalifikasjonsvilkåret i bestemmelsen og at han derfor ikke hadde fortrinnsrett etter arbeidsmiljøloven § 14-3.

Nemnda viser for øvrig til at arbeidsgiver har opplyst at det var en annen deltidsansatt med fortrinnsrett som fikk utvidet sin stilling i forbindelse med ansettelsesprosessen. Arbeidsmiljøloven gir ingen veiledning om hvordan man skal prioritere mellom flere fortrinnsberettigede. Det må derfor i utgangspunktet tilligge arbeidsgiver å foreta denne prioriteringen, og nemnda ville ikke kunne overprøve arbeidsgivers vurderinger i valget mellom de fortrinnsberettigede.

Konklusjon

Arbeidstaker gis ikke medhold.

Tvisteløsningsnemnda

Anne Marie Due
leder

27.06.2017

Til orientering:

Tvister som nevnt i §§ 10-13, 12-14, 14-3 og 14-4a kan bringes inn for domstolene etter at tvisteløsningsnemndas avgjørelse foreligger, jf. arbeidsmiljøloven § 17-2 (2). 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 (3).