

VEDTAK NR 21/15 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Tvisteløsningsnemnda avholdt møte torsdag 16. april 2015.

Ved behandlingen av saken var tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Anne Marie Due (vara for Henning Harborg), leder
Silje Hassellund Solberg, LO
Elisabeth Lea Strøm, NHO

Særskilt oppnevnte medlemmer

Annar Bakken, HK
Mette Persson, Virke

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 butikkselger i 12,67 prosent stilling hos B, avdeling X. Dette utgjør gjennomsnittlig 4,75 timer per uke. Butikken har åtte medarbeidere inkludert butikksjef. Butikksjefen har full stilling, en stilling er på 96,67 prosent (den omtvistede stillingen), fem ansatte har 10,67 prosent stilling og en er ekstrahjelp uten fastsatt arbeidstid.

Det ble lyst ut ledig stilling som butikkselger på heltid med søknadsfrist 10. november 2014 og tiltredelse 1. desember 2014. A søkte på stillingen 10. november 2014. Hun opplyste i søknaden om at hun var deltidsansatt og ønsket utvidet stilling, og opplyste også muntlig om fortrinnsretten for deltidsansatte.

Søknaden ble avslått muntlig og skriftlig den 27. november 2014. Avslaget ble begrunnet med at A hadde for høyt fravær, at hun ikke var dyktig nok og at hun ikke var tilstrekkelig engasjert i jobben. Videre var det flere forhold som ga grunnlag for advarsel og som var tatt opp med A tidligere.

Det var opprinnelig 11 søkere til stillingen. I tillegg kom det inn to søknader etter at søknadsfristen hadde løpt ut. En av disse ble tilsatt i stillingen.

Saken ble brakt inn for tvisteløsningsnemnda ved udatert brev som ble mottatt 29. desember 2014. Overfor nemnda har begge parter fått anledning til å komme med utfyllende merknader i saken.

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidstaker:

- udatert brev med vedlegg mottatt 29. desember 2014
- brev av 25. februar 2015 fra advokatfirmaet Aga
- brev av 8. april 2015 fra advokatfirmaet Aga

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev av 5. februar 2015 med vedlegg
- brev av 20. mars 2015

Arbeidstakers anførsler

A mener at ansettelsen var i strid med hennes fortrinnsrett som deltidsansatt og anfører i det vesentligste:

A mener hun har fått avslag på søknaden på grunn av sitt sykefravær, at hun ikke gjør jobben sin bra nok og fordi hun ikke deltar på sosiale aktiviteter. Hun hevder selv at sykefraværet er legitimert, og at dette heller ikke kan legges til grunn i forhold til vurderingen av om hun er kvalifisert for stillingen.

A anfører videre at dokumentasjonen som er fremlagt i forhold til utførelse av arbeidsoppgavene skriver seg fra 2012 og at hun nå har fått positive tilbakemeldinger på jobben hun gjør. Videre påpeker hun at hun ikke gjør flere feil enn det som er vanlig og at flere av arbeidsgivers tilbakemeldinger er feilaktige.

Grunnen til at hun ikke deltar på sosiale aktiviteter er fordi de hovedsakelig innebærer mye alkohol. Hun drikker ikke alkohol og ønsker derfor ikke å delta på slike tilstelninger.

Det anføres at det ikke fremkommer av stillingsannonsen at stillingen innebærer utvidet ansvar eller oppgaver som stedfortreder for daglig leder. Stillingen er lyst ut som butikkselger med tilnærmet samme kvalifikasjonskrav som A har i sin stilling i dag.

Det anføres at saken er fremmet i tide. Brevet ble postlagt 24. desember 2014, og klagefristen ble med dette avbrutt. Det er forenlig med dette at brevet kom frem 29. desember, som er første virkedag etter dette. Fristen forlenges uansett til første virkedag, slik at saken uansett er rettidig fremmet.

Arbeidsgivers anførsler

B anfører prinsipalt at saken må avvises fordi fristen for å bringe saken inn for tvisteløsningsnemnda var utløpt den 29. desember 2014.

Subsidiært anfører arbeidsgiver at den omtvistede stillingen innebærer et større ansvar enn stillingen A innehar, og at fortrinnsretten derfor ikke kommer til anvendelse siden arbeidsoppgavene ikke er om lag de samme, slik loven krever. Den utlyste stillingen anses som en nestlederstilling ved butikksjefens fravær. Det er videre særlig viktig med tilstedeværelse og stødighet i jobbutførelsen i denne stillingen.

Det anføres også at A ikke er kvalifisert for heltidsstillingen på bakgrunn av at hun ikke fungerer tilfredsstillende i sin nåværende stilling. En ansettelse av A i heltidsstillingen ville derfor medføre store ulemper for arbeidsgiver, da de ikke ville kunne opprettholde eller forbedre butikkens resultater. Arbeidsgivers vurdering av As kvalifikasjoner gjelder uavhengig av andre søkere. Det er ikke foretatt en sammenligning for å tilsette den som er best kvalifisert. Dette bekreftes av det faktum at A fikk avslag før man hadde vært i kontakt med søkeren som fikk stillingen.

Videre anføres det at stillingsannonsen alene ikke er avgjørende for hvilke oppgaver som tilligger stillingen. Det avgjørende er hva som rent faktisk ligger til stillingen. Arbeidsgivers reelle behov må være avgjørende.

A har et høyt sykefravær, dette gir økt risiko for dårlig drift av butikken og økt belastning på andre medarbeidere. Selv om fraværet er legitimert og i utgangspunktet ikke skal diskvalifisere arbeidstaker fra fortrinnsretten, er fraværet påfallende høyt i en så liten stilling som A har. Dette vil være en enda større utfordring i den omtvistede stillingen.

Videre har A fått flere tilbakemeldinger, både skriftlig og muntlig, om forhold som ikke fungerer. Feilslag på kasse, brudd på kassarutiner, at hun er stresset i kundesituasjoner, utførelse av andre oppgaver enn hun blir bedt om, fravær og misbruk av rabattkort osv. Forholdene er påpekt muntlig også etter de skriftlige tilbakemeldingene i 2012/2013.

Det anføres også at hun mangler engasjement i form av at hun er vanskelig å komme i kontakt med. Hun ringer sjelden tilbake og hun er ikke med på sosiale sammenkomster. Dette sier noe om As personlighet og hennes ønske om å styrke samholdet mellom kollegaene, noe som er viktig i stillingen.

Tvistløsningsnemndas merknader

Tvist mellom arbeidsgiver og arbeidstaker om fortrinnsrett for deltidsansatte kan bringes inn for tvisteløsningsnemnda, jf. arbeidsmiljøloven § 17-2 (1) og § 14-3 (4).

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 (3). Søknaden ble avslått 27. november 2014. Fireukersfristen falt dermed på den 25. desember 2015, som er første juledag. Første virkedag etter dette var 29. desember, samme dato som brevet ble registrert mottatt hos tvisteløsningsnemnda. Det er ikke registrert noe poststempel på konvolutten, kun stempel fra arkivet som dokumenterer når de har åpnet brevet. Nemnda finner etter dette at saken er fremmet i tide.

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.

Det presiseres i 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. Dette er også lagt til grunn i nemndas praksis.

Vurderingen av søkers kvalifikasjoner må skje ut i fra de krav og forutsetninger som stilles til den stillingen som det kreves fortrinnsrett til, ikke av utlysningsteksten alene. Dette er også lagt til grunn i nemndas praksis (se blant annet vedtak 59/10 og 21/08, 14/07).

På grunnlag av de dokumenter nemnda har fått seg forelagt, finner nemnda ikke grunnlag for å betvile at det er en ikke uvesentlig forskjell på As nåværende stilling og den utlyste stillingens innhold. As stilling som butikkmedarbeider, med en gjennomsnittlig arbeidstid på 4,5 timer i uken, vil naturlig nok innebære mindre ansvar og andre oppgaver enn en fulltidsstilling i en butikk hvor det kun er to personer som innehar full stilling og den ene av disse er butikksjefen. Det fremgår av sakens dokumenter at det var en ansatt som sluttet i tilsvarende stilling som den utlyste. Man må derfor anta at arbeidsgiver har en klar oppfatning av hvilke arbeidsoppgaver som ligger til stillingen, og at disse ble videreført i den utlyste stillingen. Arbeidsgiver opplyser blant annet at den utlyste stillingen skal ha en nestlederfunksjon. Det må bemerkes at det hadde vært hensiktsmessig om dette hadde fremgått av utlysningen, og at det i mange tilfeller vil kunne være om lag de samme arbeidsoppgavene i en liten stilling som i en full stilling som butikkmedarbeider. Selv om dette ikke er opplyst i utlysningsteksten, legger nemnda til grunn at stillingen ikke inneholder om lag de samme arbeidsoppgaver som den stillingen arbeidstaker har i dag. A hadde dermed ikke fortrinnsrett til stillingen. Det er etter dette ikke nødvendig for nemnda å ta stilling til hvorvidt A er kvalifisert for stillingen eller ikke.

Konklusjon

Arbeidstaker gis ikke medhold.

Tvisteløsningsnemnda

Anne Marie Due
leder

Oslo, 17.04.2015

Til orientering:

Tvister som nevnt i §§ 10-13, 12-14 og 14-3 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).