



Vedtaksdato
29. januar 2020

Vår referanse
2019/26480

Saksbehandler
Mona Ekelund

VEDTAK NR. 16/20 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Tvisteløsningsnemnda avholdt møte torsdag 23. januar 2020.

Ved behandlingen av saken var Tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Anne Marie Due, leder
Vetle Wetlesen Rasmussen, YS
Silje Stadheim Almestrand, NHO

Særskilt oppnevnte medlemmer

Marte Solberg, Virke
Irene Heimtun, Fagforbundet, på telefon

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 servicemedarbeider i stilling på 20 prosent hos B, Y for tiden med tjenestested X. Han har dysleksi og et handikap i den ene armen.

I april, mai og juni 2019 lyste Y ut tilsammen tre stillinger som kokk/servitør ved X, med stillingsprosent på 45, 45 og 40. Søknadsfristene var 21. april, 17. mai og 20. juni. A fremsatte søknad 16. mai 2019 og krevde fortrinnsrett til alle stillingene.

Kravet om fortrinnsrett ble avslått av arbeidsgiver i brev datert 11. juni 2019 og ved brev datert 28. juni 2019. Avslagene ble overlevert tillitsvalgte samme dag som de er datert. Avslagene ble begrunnet med at de best kvalifiserte interne søkerne ble tilsatt.

Det ble utformet uenighetsprotokoll etter forhandlingsmøte 13. juni 2019.

Stillingene ble besatt av interne søkere.

Saken ble brakt inn for Tvisteløsningsnemnda ved brev datert 8. juli 2019, uten poststempel, mottatt 12. juli 2019. Overfor nemnda har begge parter fått anledning til å komme med utfyllende merknader i saken.

Y har etter dette lyst ut flere helgestillinger som kokk/servitør på 15 prosent. De som ble ansatt hadde ikke faste stillinger på søknadstidspunktet.

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidstaker:

- brev datert 8. juli 2019 med vedlegg
- brev datert 24. juli 2019 med vedlegg
- e-post av 6. august 2019
- brev datert 12. august 2019
- brev datert 20. august 2019
- e-post av 2. oktober 2019
- brev datert 11. oktober 2019 med vedlegg
- 2 e-poster av 26. november 2019
- brev datert 17. desember 2019
- brev datert 15. januar 2020

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- e-post av 22. august 2019 med vedlegg
- brev datert 26. november 2019 med vedlegg
- brev datert 9. januar 2020 med vedlegg

Arbeidstakers anførsler

A anfører i det vesentligste at han har fortrinnsrett til stillingene, herunder også til stillingene det er gjort tilsetninger i. Arbeidsgiver har vært klar over hans ønske om utvidet stilling siden ansettelsen i 2018.

Stillingsinstruksene viser at de utlyste stillingene er de samme som A nåværende stilling. Arbeidsgiver har ikke på noe tidspunkt informert om at han kun tildeles en bestemt vakttype/rolle. Han er kvalifisert og mestrer oppgaver knyttet til kasse og kjøkken så fremt han får tilstrekkelig opplæring.

Den som ble tilsatt i stilling nr. 1 var ikke fast ansatt på søknadstidspunktet og hadde ikke fortrinnsrett.

Arbeidsgivers anførsler

B anfører i det vesentligste at tvistene vedrørende de to første stillingene ikke er fremmet rettidig og derfor må avvises. Uansett har ikke A fortrinnsrett til noen av stillingene. Tvisten begrenser seg til stillingene han har søkt på, og han søkte ikke på den første stillingen som var utlyst i april. Den andre stillingen som ble lyst ut i mai ble fordelt mellom andre fortrinnsberettigete.

Arbeidsgiver anfører i forhold til alle stillingene at A ikke mestrer ordinære vakter i restaurant/kjøkken og at han selv har uttalt at han kun ønsker og behersker C-vakter. Han har behov for utstrakt bistand fra daglig leder for å utføre arbeidsoppgavene i de omtvistede stillingene på en god måte.

De tre stillingene som er utlyst i etterkant er rene helgestillinger som innebærer vakter annenhver helg og er derfor ikke aktuelle, ettersom A allerede jobber annenhver helg.

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).

Arbeidsgiver anfører at saken vedrørende de to første stillingene er fremmet for sent og må avvises.

Frist for å bringe saken inn for Tvisteløsningsnemnda er fire uker etter at arbeidsgivers skriftlige avslag har kommet frem til arbeidstaker, jf. arbeidsmiljøloven § 17-2 a (1).

Nemnda har kommet til at saken er fremmet rettidig. Slik saken er opplyst legger nemnda til grunn at uenighetsprotokoll av 13. juni 2019 er å anse som et endelig avslag fra arbeidsgiver vedrørende de to første stillingene. Nemnda finner at kravet om forhandlinger etter arbeidsmiljøloven § 17-3 var fristavbrytende for avslag overlevert 11. juni 2019. Fristen for å fremme saken for nemnda utløp dermed senest 11. juli 2019. Nemnda legger til grunn at brev datert 8. juli 2019 er sendt før fristens utløp, ettersom det er mottatt 12. juli 2019.

Arbeidsgiver har anført at A ikke kan gis fortrinnsrett til stillingen han ikke søkte på.

Til dette vil nemnda bemerke at det ikke gjelder noen formkrav for hvordan fortrinnsretten må komme til uttrykk overfor arbeidsgiver. Slik denne saken er opplyst legger nemnda til grunn arbeidstakers opplysninger om at arbeidsgiver var kjent med hans ønske om utvidet stilling gjennom dialog med tillitsvalgte fra et tidligere tidspunkt enn utlysningen for den første stillingen. Arbeidsgiver har ikke bestridt dette. Nemnda finner derfor at fortrinnsretten også må vurderes for den første stillingen.

Når det gjelder utlysninger av tre deltidsstillinger etter at saken ble fremmet for Tvisteløsningsnemnda, er nemnda av den oppfatning at også fortrinnsrett til disse må vurderes når arbeidsgiver er kjent med arbeidstakers ønske om utvidet stilling, og det er foretatt ansettelse i stillingene.

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, og fremgår også av lovens ordlyd som omtaler at fortrinnsretten gjelder «utvidet stilling».

Arbeidsgiver har anført at A nåværende stilling og de omtvistede stillingene ikke har om lag samme arbeidsoppgaver og kvalifikasjonskrav.

Nemndas flertall, medlemmene Due, Almestrand, Solberg og Heimtun, har etter en konkret vurdering kommet til at de omtvistede stillingene ikke har om lag samme arbeidsoppgaver som A sin nåværende stilling. I sin vurdering har flertallet lagt vekt på at A i sin faste stilling jobber vakter som «C», mens de omtvistede stillingene er utlyst med betegnelsen kokk/servitør. Arbeidsoppgavene til en «C» er å servere ferdige retter fra kjøkkenet, rydde bord og holde orden i oppvaskområdet. De omtvistede stillingene som kokk/servitør innebærer arbeid både i restaurant og kjøkken, herunder tilberedelse av mat, renhold, varehåndtering, ekspedering av kunder, servering og rydding.

Arbeidstaker har etter dette ikke fortrinnsrett etter arbeidsmiljøloven § 14-3 og kan derfor ikke få medhold i sine krav.

Mindretallet, medlem Rasmussen, har etter en konkret vurdering kommet til at de omtvistede stillingene har om lag samme arbeidsoppgaver som A nåværende stilling. De omtvistede stillingene har betegnelsen «kokk/servitør» i utlysningene, men det fremgår av sakens dokumenter at alle medarbeidere er ansatt på samme type kontrakt med stillingstittel servicemedarbeidere og det foreligger ikke noen formelle kvalifikasjonskrav for noen av stillingene. Slik mindretallet forstår dokumentasjonen i saken utfører servicemedarbeiderne flere ulike typer vakter, etter hva som er arbeidsgivers aktuelle behov. Selv om arbeidsgiver påberoper at A kun arbeider som «C», er det ikke omtvistet at han også har utført arbeidsoppgaver utover denne funksjonen.

Mindretallet legger derfor til grunn at utøvelse av fortrinnsrett til de utlyste stillingene vil være å anse som en utvidelse av A faste deltidsstilling.

Arbeidsgiver har anført at A ikke kan gis fortrinnsrett til stillingene fordi han ikke mestrer alle de ulike arbeidsoppgavene, og vakttypene stillingen omfatter uten utstrakt bistand og tilrettelegginger, og at han kun delvis er mottakelig for tilbudene om ekstra opplæring.

Selv om det må forventes noe opplæring i tilknytning til stillingsutvidelser, kan ikke mindretallet se at arbeidsgiver i denne sak må tilby ytterligere opplæring for å gjøre A i stand til å ivareta de påberopte stillingenes arbeidsoppgaver. Mindretallet mener av denne grunn at A ikke kan anses kvalifisert for de påberopte stillingene.

Mindretallet konkluderer derfor i likhet med flertallet at A ikke får medhold i sitt krav.

På bakgrunn av flertallets og mindretallets konklusjon er det ikke nødvendig for nemnda å ta stilling til om stillingene ble besatt av andre fortrinnsberettigede, eller om utøvelse av fortrinnsretten ville medføre vesentlig ulempe for virksomheten.

Konklusjon

Arbeidstaker gis ikke medhold.

Tvisteløsningsnemnda

Anne Marie Due
Leder

29. januar 2020

Til orientering:

Tvister som nevnt i §§ 8-3, 10-13, 12-14, 14-3 og 14-4 a 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 fra det tidspunktet parten ble underrettet om nemndas avgjørelse, jf. arbeidsmiljøloven § 17-2 (3).

Reises det ikke søksmål innen fristen, har vedtaket virkning som en rettskraftig dom, og det kan fullbyrdes etter reglene som gjelder for dommer, jf. arbeidsmiljøloven § 17-2 (4).