



Tvisteløsningsnemnda

Vedtaksdato
20. mai 2022

Vår referanse
2022/17

Saksbehandler
Mona Ekelund

VEDTAK NR 41/22 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Tvisteløsningsnemnda avholdt møte torsdag 19. mai 2022.

Ved behandlingen av saken var Tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Anne Marie Due, leder
Vetle Wetlesen Rasmussen, YS
Marianne Pedersen, Virke

Særskilt oppnevnte medlemmer

Tonje Thue Width, NHO Service og Handel
Medina Mahic, Handel og Kontor

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 butikkselger i stilling på 40 prosent hos B.

Den 25. juni 2021 lyste butikken ut stilling som butikkselger deltid med arbeidstid «*lørdager og gjerne flere dager i uka*» og med søknadsfrist 20. juli 2021.

A søkte på stillingen den 30. juni 2021. I skriv av 28. juli 2021 til arbeidsgiver meddelte han at han ønsket høyere/full stilling og viste til arbeidsmiljøloven § 14-4 a og § 14-3.

A og en annen intern søker gjennomførte møte med butikksjefen i august 2021. I møtet opplyste arbeidsgiver at butikken trengte flere ansatte for å få skiftplanen til å gå opp og at minst en av dem ville få fast 40 prosent stilling.

Den 30. august 2021 fikk A økt sin stilling fra 20 til 40 prosent på grunn av kravet etter § 14-4 a, med virkning fra 1. oktober 2021. En annen deltidsansatt fikk samtidig økt sin stilling til 40 prosent. Vedkommende byttet deretter arbeidssted. Arbeidsgiver lyste ikke ut stillingen på nytt, men valgte å bruke søkermassen fra utlysningen i juni 2021.

I e-post 31. august 21 opprettholdt A kravet om fortrinnsrett. I tiden etter kommuniserte partene via e-post om den nye avtalen, og fortsatt krav om fortrinnsrett. Arbeidstaker spurte gjentatte ganger om hva som skjedde med den ledige stillingen, senest i e-post av 3. januar 2022. I e-post av 5. januar 2022 svarte arbeidsgiver at beslutningen om å tilsette en annen i stillingen, skyldtes butikkens behov for et visst antall deltidsansatte, blant annet to på 40 prosent og at det ikke hadde vært mulig å gi han 80 prosent fordi han ikke kunne jobbe hver lørdag. En oppdeling i 20 prosent ville ført til at viktig kontinuitet og kunnskap hadde gått tapt.

En tidligere tilkallingsvakt som hadde søkt på stillingen tiltrådte den 1. november 2021.

Saken ble brakt inn for Tvisteløsningsnemnda 31. januar 2022. Overfor nemnda har begge parter fått anledning til å komme med utfyllende merknader.

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidstaker:

- brev datert 31. januar 2022
- brev datert 9. februar 2022
- brev datert 4. april 2022

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev datert 4. mars 2022
- brev datert 22. april 2022

Arbeidstakers anførsler

A hevder i det vesentligste at han har fortrinnsrett til hele 40 prosent stillingen fra 1. november 2021. Stillingen skulle vært utlyst slik at han kunne søkt på den, og det er et brudd på hans fortrinnsrett at stillingen er gitt til en som ikke var fast ansatt og som har kortere ansiennitet.

Arbeidsgivers anførsler

B hevder i det vesentligste at A ikke kan få medhold i sitt krav og viser til at han ikke vil kunne fylle en høyere stillingsprosent når han ikke kan ha åpne-/låseansvar, og at han til tross for løpende opplæring er langt unna låseansvarskompetanse.

B, hevder også at det vil medføre vesentlig ulempe for virksomheten å ikke øke antall ansatte. Butikken har behov for å ha flere på jobb når det er mye å gjøre. Etter tiltenkt arbeidsplan skulle både As stilling og den andre 40 prosent stillingen ha arbeidstid mandag, torsdag og lørdag.

Etter gjennomgang av vaktplanen tidlig på sommeren 2021 fant man ut at behovet på B var at man måtte ansette flere i deltidsstillinger. Tidligere var det kun ansatte på heltid og alle deltidsansatte som hadde stillingsprosent på 20 eller 7 prosent. En del av endringen var å øke to av deltidsstillingene til 40 prosent.

Videre hevder B at en innvilgelse av kravet vil føre til økt antall stillinger med for lave prosenter, noe de ønsket å redusere med utlysningen. Det er behov for å dekke kompetansegapet mellom deltids- og heltidsansatte, og for å dele låseansvarsoppgavene på flere. Kompetanse bygges best på dagtid når det er flest oppgaver og tid til opplæring. Ved færre 40 prosent- stillinger og flere lavere stillingsprosenter, ville det være færre til stede på dagtid og mindre tid til opplæring.

Tvisteløsningsnemndas merknader

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

Arbeidsmiljøloven § 14-3 første ledd fastsetter at deltidsansatte har fortrinnsrett til utvidet stilling fremfor at arbeidsgiver foretar ny ansettelse i virksomheten. Fortrinnsretten kan også gjelde en del av en stilling. 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 annet ledd. Ved vurderingen av om arbeidstaker er kvalifisert kan det, i henhold til lovens forarbeider, tas hensyn til både faglige og personlige forutsetninger.

Det går fram av lovens ordlyd at fortrinnsretten gjelder «utvidet stilling». I forarbeidene til arbeidsmiljøloven § 14-3 (Innst. O. nr. 100 for 2004-2005 pkt. 17.2) presiseres det at retten

gjelder stillinger med om lag samme arbeidsoppgaver som den deltidsansatte allerede utfører i sin faste stilling. Dette er også lagt til grunn i nemndas praksis.

Nemnda legger til grunn at partene er enige om at den omtvistede stillingen er samme type stilling som A har i dag med om lag samme arbeidsoppgaver, og viser også til at begge har stillingsbetegnelsen butikkselger/butikkmedarbeider.

Uenigheten i denne saken gjelde om A er kvalifisert for stillingsutvidelse og om det ville innebære vesentlig ulempe å gi han fortrinnsrett til hele stillingen på 40 prosent.

Nemnda vil først ta stilling til om A er kvalifisert.

Arbeidsgiver hevder at selv om A er kvalifisert til deltidsstillingen som butikkselger, kan han ikke få fortrinnsrett til utvidet stilling fordi han ikke kan ha låseansvar til tross for løpende opplæring, mens den som ble tilsatt lærte seg dette på kort tid, på eget initiativ. Nemnda tolker dette som en anførsel om at han ikke er kvalifisert på grunn av manglende kompetanse.

Nemnda har etter en konkret vurdering kommet til at A er kvalifisert for å få utvidet sin stilling fra 40 til 80 prosent. Arbeidsgivers påstand om manglende kompetanse er etter nemndas oppfatning ikke tilstrekkelig underbygget. Det er kvalifikasjonene til den utlyste stillingen som skal vurderes, og det er ikke relevant for denne vurderingen om stillingen kan tenkes å få et annet innhold ved stillingsutvidelse som følge av fortrinnsrett. Det fremgår ikke av utlysningen som ligger til grunn for ansettelsen i den omtvistede stillingen, eller dokumentasjonen i saken, at en 80 prosent stilling vil stille andre kompetansekrav enn stillingen A har i dag. At arbeidsgiver har et generelt ønske og behov for få flere ansatte med kompetanse på låseansvar, og at vedkommende som fikk stillingen har fått slikt ansvar, kan etter nemndas oppfatning ikke ha den virkning at A ikke er å anse som kvalifisert for stillingsutvidelse.

Nemnda ser grunn til å understreke at arbeidsmiljøloven § 14-3 griper inn i arbeidsgivers anledning til fritt å ansette den de ønsker, og der personlig egnethet anføres som grunnlag for manglende kvalifikasjoner må arbeidsgiver i tilstrekkelig grad underbygge de subjektive forholdene som påberopes. I denne vurderingen skal det også tas hensyn til at arbeidsgiver må regne med noe opplæring i forbindelse med tildeling av fortrinnsrett. Nemnda kan derfor vanskelig se at As manglende kompetanse på låseansvarsoppgaver på avslagstidspunktet kan ha som konsekvens at han ikke skulle ha fortrinnsrett.

Det avgjørende for nemnda blir etter dette om utøvelse av fortrinnsretten vil medføre vesentlig ulempe for virksomheten, jf. § 14-3 annet ledd.

Hva som ligger i begrepet vesentlig ulempe, er ikke nærmere definert i loven. Av lovens forarbeider, Ot. prp. nr. 49 (2004-2005) punkt 17.2.6, fremgår det at dette vil bero på en konkret vurdering av om utøvelse av fortrinnsretten i det enkelte tilfelle vil gi urimelige utslag for virksomheten:

«Det kan imidlertid være nødvendig for virksomheten å ansette flere personer, for eksempel for å få tilstrekkelig antall arbeidstakere til å dekke opp helgearbeid for å unngå å komme i konflikt med lovens regler om ukentlig hvile. Det kan også tenkes at fortrinnsretten kan føre til ulemper for de øvrige arbeidstakerne, for eksempel i form av at flere av disse får et betydelig innslag av arbeid på ubekvemme tidspunkter (natt- eller søndagsarbeid), fordi det er færre personer å dele arbeidet på. I slike tilfeller kan det være relevant for arbeidsgiver å påberope seg at fortrinnsretten fører til vesentlig ulempe.»

Nemnda har etter en konkret vurdering kommet til at arbeidsgiver har godtgjort at det vil medføre vesentlig ulempe å gi A fortrinnsrett. I vurderingen har nemnda lagt vekt på arbeidsgivers opplysninger, som A ikke har bestridt, om at butikken har behov for å ha flere deltidsansatte på jobb når kundetrykket er høyt. Det er derved behov for å øke de små deltidsstillingene for å kunne gi tilfredsstillende opplæring og økt kompetanse i ansattgruppen, samt at låseansvaret som A ikke behersket er nødvendig å dele på flere. Nemnda viser også til at det framgår av utlysningen at arbeidstiden var «lørdager og gjerne flere dager i uka» og av ny arbeidsplan som nemnda har fått seg forelagt at både As og den omtvistede stillingen er tiltenkt vakter de samme dagene.

Nemnda har etter dette kommet til at A ikke har fortrinnsrett til den omtvistede stillingen.

Konklusjon

A gis ikke medhold i krav om fortrinnsrett etter arbeidsmiljøloven § 14-3.

Tvisteløsningsnemnda

Anne Marie Due
Leder

20. mai 2022

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 annet 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 fra det tidspunktet parten ble underrettet om nemndas avgjørelse, jf. arbeidsmiljøloven § 17-2 tredje ledd.

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 fjerde ledd.