



Tvisteløsningsnemnda

Vedtaksdato
21. januar 2022

Vår referanse
2021/218

Saksbehandler
Mona Ekelund

VEDTAK NR 6/22 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Tvisteløsningsnemnda avholdt møte torsdag 20. januar 2022.

Ved behandlingen av saken var Tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Anne Marie Due, leder
Silje Hassellund Solberg, LO
Mårten Brandsnes Faret, KS

Særskilt oppnevnte medlemmer

Laust Kristian Poulsen, 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 selger i stilling på 40 prosent hos B.

Den 3. mai 2021 lyste B ut fast 70 prosent stilling som salgsmedarbeider. A søkte på stillingen den 7. mai 2021.

A hadde drøftingsmøte med arbeidsgiver 11. mai 2021.

Arbeidsgiver ga A skriftlig advarsel 8. juni 2021 på bakgrunn av utilfredsstillende arbeidsutførelse.

I e-post av 12. oktober 2021 opplyste arbeidsgiver at A ikke ble tatt med videre i ansettelsesprosessen. A klaget til arbeidsgiver i e-post av 18. oktober 2021. Arbeidsgiver svarte i e-post av 19. oktober 2021 at det var nødvendig å ansette flere medarbeidere for å dekke opp helgene og at en utvidelse av hennes stilling dermed ville innebære vesentlig ulempe for virksomheten.

B ansatte den 11. juni 2021 en ekstern søker som tiltrådte 1. august 2021.

Saken ble brakt inn for Tvisteløsningsnemnda ved brev datert 20. oktober 2021, poststempelt 22. oktober 2021. Overfor nemnda har begge parter fått anledning til å komme med utfyllende merknader.

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidstaker:

- brev datert 20. oktober 2021
- brev datert 10. november 2021
- brev datert 22. desember 2021
- brev datert 12. januar 2022

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev datert 2. desember 2021
- brev datert 11. januar 2022

Arbeidstakers anførsler

A anfører i det vesentligste at hun har fortrinnsrett til den utlyste stillingen på 70 prosent.

Tvisten er fremmet innen fristen. Hun så først referatet fra drøftelsesmøtet under saksbehandlingen for nemnda.

Bedriftens behov for et visst antall personer på jobb samtidig ville blitt ivaretatt hvis hun fikk hele stillingen og en nyansatt overtok hennes stilling.

Hun har hatt stillingen i 9 år og det er først når hun krever fortrinnsrett at arbeidsgiver tar opp mangler ved arbeidsutførelsen hennes.

Arbeidsgivers anførsler

B mener at A ikke kan få medhold i sitt krav.

Prinsipalt mener de at tvisten må avvises som for sent fremsatt. B gjorde det klart allerede i drøftingsmøte 11. mai 2021 at hun ikke ville få utvidet stilling og dette går fram av referatet. Alle ansatte ble dessuten orientert om nyansettelsen.

Subsidiært hevder arbeidsgiver at A ikke er kvalifisert og at det er vesentlige ulemper forbundet med å gi henne større stilling. A har store utfordringer med å oppfylle sin nåværende stilling til tross for lang erfaring og grundig opplæring. Hun har hatt vedvarende lave salgstall siden 2019 og hun utfører ikke administrative oppgaver slik hun skal. Dette gir kollegaene økt arbeidsbyrde. A bruker ikke arbeidsverktøyet Attensi regelmessig slik som forutsatt. Dette er en del av den ukentlige salgsforberedelsen og oppdateringen selgerne har i forbindelsen med kampanjer og annet.

Avslutningsvis mener arbeidsgiver at det er tilnærmet umulig å rekruttere en kvalifisert medarbeider til en 40 prosent stilling. Det er vesentlig for å dekke helgebemanningen at det ble ansatt en person til.

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).

Frist for å bringe sak inn for Tvisteløsningsnemnda er fire uker etter at arbeidsgivers skriftlige avslag er kommet frem til arbeidstaker, jf. arbeidsmiljøloven § 17-2 a første ledd.

B krever at nemnda må avvise saken fordi avslaget allerede forelå i drøftelsesmøte 11. mai 2021. Nemnda vil derfor først ta stilling til om saken er rettidig fremsatt.

Slik saken er opplyst har nemnda kommet til at tvisten er fremmet rettidig. Nemnda viser til at arbeidsgiver, til tross for arbeidstakers innsigelser mot å ha mottatt referatet fra drøftelsesmøtet, verken har opplyst eller dokumentert når, eller om, referatet er sendt eller gitt til A eller hennes fullmektig. Nemnda legger etter dette til grunn at A først mottok arbeidsgivers skriftlige avslag i e-posten av 12. oktober 2021. Arbeidsgiver opplyste der klart at hun ikke nådde opp i konkurransen om stillingen, og at andre kandidater ble tatt med videre i prosessen. Fireukersfristen gikk dermed ut 9. november 2021 og saken er fremsatt rettidig ved brev datert 20. oktober, poststempelt 22. oktober 2021.

Nemnda går så over til å vurdere om vilkårene for fortrinnsrett er oppfylt.

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 utlyste stillingen har om lag samme arbeidsoppgaver som As nåværende stilling og viser til arbeidsgivers uttalelse i brev av 2. desember 2021.

As krav gjelder hele den utlyste stillingen slik at arbeidsgiver ville sitte igjen med hennes deltidsstilling på 40 prosent.

Uenigheten i denne saken gjelder om A er kvalifisert og hvorvidt det ville innebære vesentlig ulempe å gi henne fortrinnsrett til stillingen.

Nemnda vil først ta stilling til om A er kvalifisert.

B mener at A ikke er personlig egnet fordi hun ikke fyller stillingen sin på en tilfredsstillende måte. Arbeidsgiver viser også til at hun over tid har de dårligste salgstallene til tross for lang erfaring og grundig opplæring, samt at hun fikk en skriftlig advarsel i juni 2021.

Nemnda har etter en konkret vurdering kommet til at A er kvalifisert til å få utvidet stillingen sin fra 40 til 70 prosent. Arbeidsgivers påstand om at A ikke er personlig egnet er etter nemndas oppfatning ikke tilstrekkelig underbygget.

Arbeidsgiver har kun dokumentert oppfølging av de anførte manglene ved hennes arbeidsutførelse etter at kravet ble fremsatt. Dokumentasjonen består kun av to e-poster av 18. og 19. mai 2021 samt det skriftlige varselet av 8. juni 2021. Nemnda mener at lave salgstall over tid ikke uten videre kan frata A en eventuell fortrinnsrett.

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 og korrigerende av eventuell uønsket atferd i forbindelse med tildeling av fortrinnsrett. Nemnda kan derfor vanskelig se at de avvik som er anført, med en begrenset oppfølging fra arbeidsgiver side, kan ha som konsekvens at As fortrinnsrett suspenderes. Når det gjelder manglende bruk av salgsforberedelsesverktøyet Attensi viser nemnda til at dette er dokumentert å gjelde flere av de ansatte, og arbeidsgiver har heller ikke nevnt dette i de skriftlige tilbakemeldingene til A som er dokumentert overfor nemnda. Dersom arbeidsgiver mener at A ikke kan fungere som selger må arbeidsgiver trekke de arbeidsrettslige konsekvensene av dette. Suspensjon av fortrinnsrett er ikke en slik konsekvens. Nemnda viser også til at A har arbeidet i stillingen i flere år og har dermed kommet til at hun må anses kvalifisert.

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 ikke i tilstrekkelig grad har sannsynliggjort at det vil medføre vesentlig ulempe for virksomheten å innvilge kravet. Når man ser bort fra anførselene som gjelder hennes kvalifikasjoner og personlig egnethet som nemnda har vurdert ovenfor, er arbeidsgivers eneste argument mot å gi henne fortrinnsrett behovet for å ha flere ansatte på arbeid for å dekke opp helgene. Nemnda mener i likhet med A at dette behovet ville blitt ivaretatt dersom hun fikk hele den utlyste stillingen og en nyansatt overtok hennes 40 prosent stilling. Nemnda finner det ikke sannsynliggjort at B ikke ville fått ansatt en kvalifisert søker i en fast stilling på 40 prosent og viser til at det ikke er gjort konkrete forsøk på å rekruttere til en slik stilling.

Nemnda har etter dette kommet til at A hadde fortrinnsrett til den utlyste stillingen.

Konklusjon

Ansettelsen av en ekstern søker var i strid med As fortrinnsrett etter arbeidsmiljøloven § 14-3.

Tvisteløsningsnemnda

Anne Marie Due
Leder

21. januar 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.