



Vedtaksdato
16. februar 2023

Vår referanse
2022/146

Saksbehandler
Maria Schilvold

VEDTAK NR 14/23 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Tvisteløsningsnemnda avholdt møte torsdag 16. februar 2023.

Ved behandlingen av saken var Tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Steffen G. Rogstad, nestleder
Jan Eikeland, Akademikerne
Andreas Dag Nilsen, KS

Særskilt oppnevnte medlemmer

Bjørn Bringeland, Handel og kontor i Norge
Laust K. Poulsen, NHO Service og Handel

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 butikkmedarbeider m/variabelt funksjonsansvar i stilling på 59,96 prosent hos B, ved X.

På grunn av at hun hadde kjennskap til at det var ledige stillinger i butikken, sendte tillitsvalgt i butikken en e-post den 12. august 2022 til butikksjefen der hun orienterte om arbeidsgivers plikt til å informere arbeidstakerne om ledige stillinger i virksomheten etter arbeidsmiljøloven § 14-1. Hun varslet samtidig om at det var flere deltidsansatte som ønsket å utvide sine stillinger. Butikksjefen svarte den 15. august 2022 at det var behov for å dekke opp fire stillinger på 20 prosent. Han informerte også om at det var nødvendig å se på hvor mange ansatte som trengtes for å få turnusen til å gå opp, før deltidsansatte eventuelt kunne få utvidet stilling.

Den 19. august 2022 fremsatte A krav om fortrinnsrett til 20 prosent av de ledige stillingene. Kravet ble avslått i e-post av 17. september 2022. Avslaget var begrunnet med at en annen deltidsansatt med lenger ansiennitet hadde fått utvidet sin stilling noe, i tillegg til at det var nødvendig å ansette nye arbeidstakere i de resterende prosentene for å få turnusen til å gå opp.

B ansatte to eksterne søkere i stillinger på 20 prosent til å jobbe ved X.

Saken ble brakt inn for Tvisteløsningsnemnda ved brev datert 20. september 2022.

I januar 2023 lyste B ut to ytterligere stillinger ved X med arbeidstid annenhver helg og ved tilkalling.

Overfor nemnda har begge parter fått anledning til å komme med utfyllende merknader i saken.

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidstaker:

- brev av 20. september 2022
- e-post av 21. september 2022
- brev av 23. september 2022
- brev av 8. oktober 2022
- to e-poster av 21. oktober 2022
- e-post av 24. oktober 2022
- e-post av 14. desember 2022
- brev av 30. januar 2023
- e-post av 2. februar 2023

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev av 14. oktober 2022

Arbeidstakers anførsler

A gjør gjeldende at han har fortrinnsrett til 20 prosent utvidet stilling og anfører i det vesentligste at det ikke vil medføre vesentlig ulempe for virksomheten.

A er ikke enig i at turnusen ikke vil gå opp dersom han og flere andre deltidsansatte som har søkt om det får utvidet sine stillinger. Han mener de deltidsansatte kan dekke vaktene i ukedagene og at arbeidsgiver eventuelt bare kunne ha ansatt noen nye til å jobbe i helger. A opplyser om at de to nye deltidsansatte ikke er satt opp til å jobbe i helger, og til at én helgevakt er fjernet fra vaktlisten. A mener det per 23. januar 2023 er behov for å fylle følgende vakter ved X:

- to vakter for varepåfylling på mandager, onsdager og fredager, da butikksjefen har fått inn to personer fra NAV å utføre disse oppgavene,
- én vakt på onsdager slik at det er elleve timer mellom tirsdags- og onsdagsvakt. Den som per nå har denne onsdagsvakten på morgenen, jobber også kveldsvakt tirsdag.
- én tidligvakt på lørdager slik at andre ansatte kunne ha fått tilbud om å jobbe den vakten istedenfor assisterende butikksjef,
- i tillegg er det tre synlige ledige vakter i de nye vaktlistene som gjelder for to uker. Det er én senvakt hver lørdag og én annenhver fredag.

Arbeidsgivers anførsler

B gjør gjeldende at A ikke har fortrinnsrett til utvidet stilling. B anfører i det vesentligste at en utvidelse av hans stilling vil medføre vesentlig ulempe, da virksomheten har behov for å ansette flere nye for å få dekket turnusen, særlig i helgene.

B anfører at de har forsøkt å få turnusen til å gå opp med de eksisterende ansatte, uten at turnusen har gått opp. Arbeidsgiver viser til at det har vært behov for at daglig leder eller fulltidsansatte har måttet ta vakter ved sykdom eller annet fravær. Arbeidsgiver informerer om at butikken har et budsjett på 270 timer i uken som må overholdes for ikke å gå i underskudd.

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 nestleder og to faste medlemmer. I tillegg er det oppnevnt to medlemmer med særlig kunnskap om bransjen som er berørt i saken (bransjemedlemmer).

Saken er behandlet etter reglene som gjaldt på avslagstidspunktet. 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.

Partene i denne saken er kun uenige om en utvidelse av As stilling vil medføre vesentlig ulempe for B.

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 B ikke har sannsynliggjort at en utvidelse av As stilling vil medføre vesentlig ulempe for virksomheten. Nemnda viser til at B ikke har redegjort nærmere for hvorfor turnusen ikke kan dekkes av eksisterende deltidsansatte. Selv om dette ville kreve at arbeidsgiver må ta flere hensyn ved planlegging av vaktlistene enn det gjøres nå, kan ikke nemnda se at dette er tilstrekkelig til å utgjøre en «vesentlig» ulempe i lovens forstand.

Etter dette har nemnda kommet til at A hadde fortrinnsrett til de utlyste stillingene og at ansettelsen av to eksterne søkere i stillinger på 20 prosent var i strid med hans fortrinnsrett.

Nemnda viser til at det er flere deltidsansatte med fortrinnsrett som har søkt på de samme stillingene og bemerker at § 14-3 ikke gir noen veiledning om hvordan arbeidsgiver skal prioritere mellom flere fortrinnsberettigede. Det må derfor i utgangspunktet tilligge arbeidsgiver å gjøre denne prioriteringen.

Avslutningsvis vil nemnda bemerke at det er uheldig at arbeidsgiver ikke har gjennomført drøftinger i henhold til arbeidsmiljøloven § 14-3 tredje ledd.

Konklusjon

B sitt avslag var i strid med As fortrinnsrett etter arbeidsmiljøloven § 14-3. Ansettelsen av to eksterne søkere var dermed i strid med As fortrinnsrett.

Tvisteløsningsnemnda

Steffen G. Rogstad
Nestleder

16. februar 2023

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.