



Tvisteløsningsnemnda

Vedtaksdato
20.09.2024

Møtedato
18.09.2024

Vår referanse
2024/85

Saksbehandler
Maria Schilvold

SAK NR 88/24 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Sakens tema

Tvist om fortrinnsrett for deltidsansatte etter arbeidsmiljøloven § 14-3

Arbeidstaker

A

Arbeidsgiver

B

Vedtak

A får ikke medhold i sitt krav om fortrinnsrett etter arbeidsmiljøloven § 14-3 til fulltidsstillingen eller til de to stillingsutvidelsene på 33,33 prosent.

A hadde ikke fortrinnsrett etter arbeidsmiljøloven § 14-3 til stillingene på 8 prosent.

Nemndas sammensetning

Steffen Rogstad, nestleder

Silje Hassellund Solberg, LO, fast medlem arbeidstakersiden

Silje Stadheim Almestrand, NHO, fast medlem arbeidsgiversiden

Medina Mahic, Handel og Kontor i Norge

Lars Tore Selbo, Anton Sport

Sakens bakgrunn

A er fast ansatt som deltidsekspeditør hos B (B), med arbeidssted Kjededrift, for tiden i butikken på [lokasjon 1].

A ga overfor arbeidsgiver i november 2023 uttrykk for at han ønsket større stilling. Han fikk så kjennskap til at det skulle lyses ut en full stilling ved butikken på [lokasjon 1], og krevde den 1. desember 2023 fortrinnsrett til utvidet stilling etter arbeidsmiljøloven § 14-3. Han krevde samtidig å utvide sin stilling til 85 prosent etter arbeidsmiljøloven § 14-4 a om rett til stilling tilsvarende faktisk arbeidstid.

B besluttet å øke grunnbemanningen i butikken på [lokasjon 1] i 2024 sammenlignet med 2023, og den 2. januar 2024 lyste B ut en heltidsstilling ved butikken på [lokasjon 1]. A søkte på stillingen.

Den 12. februar 2024 fikk A vite via en gruppe på sosiale medier for de ansatte i butikken på [lokasjon 1] at en deltidsansatt i en annen av Bs butikker var blitt ansatt i fulltidsstillingen i butikken på [lokasjon 1].

I tillegg til ansettelsen i fulltidsstillingen fikk to deltidsansatte ved butikken på [lokasjon 1] utvidet sine stillinger fra 20 til 53,33 prosent fra 1. mars 2024, og to tilkallingsvikarer fikk fra samme tidspunkt fast ansettelse på 8 prosent med arbeidstid på lørdager.

I brev av 8. mars 2024 avslo arbeidsgiver både As krav om fortrinnsrett til utvidet stilling og hans krav om stilling tilsvarende faktisk arbeidstid. Avslaget på kravet om fortrinnsrett var begrunnet med at en annen fortrinnsberettiget hadde fått stillingen. Avslaget på kravet om stilling tilsvarende faktisk arbeidstid var begrunnet med at det meste av arbeidet var avtalt, at det gjenværende arbeidet ikke var utført jevnlig og med at behovet for merarbeid var bortfalt.

A sendte begge sakene til nemnda den 24. mars 2024. Partene kom i ettertid til en løsning i tvisten om rett til stilling tilsvarende faktisk arbeidstid, og A har som følge av dette fått økt sin stilling fra 56 til 80 prosent med virkning fra 1. januar 2024. As krav om fortrinnsrett til utvidet stilling er fremdeles omtvistet.

Sakens dokumenter

Begge parter har fått mulighet til å komme med utfyllende merknader i saken.

A har sendt følgende til nemnda:

- brev av 24. mars 2024
- brev av 2. mai 2024
- brev av 10. juni 2024
- brev av 19. juni 2024
- brev av 9. september 2024

B har sendt følgende til nemnda:

- brev av 19. april 2024
- brev av 14. mai 2024

- brev av 18. juni 2024
- brev av 5. september 2024

Arbeidsgivers syn på saken

B hevder at A ikke kan få medhold i sitt krav om fortrinnsrett til fulltidsstillingen fordi den som ble tilsatt hadde fortrinnsrett, og det er opp til arbeidsgiver å prioritere mellom fortrinnsberettigede.

B hevder videre at Tvisteløsningsnemnda ikke kan ta stilling til As krav om fortrinnsrett til stillingsutvidelsene til to deltidsansatte ved butikken på [lokasjon 1], eller hans krav om fortrinnsrett til de to stillingene på 8 prosent.

B hevder subsidiært at A ikke kan få medhold i sitt krav om fortrinnsrett til de to stillingsutvidelsene på 33,33 prosent og til de to stillingene på 8 prosent henholdsvis fordi stillingsutvidelsene ble gitt til to som hadde fortrinnsrett og fordi det vil innebære vesentlige ulemper for virksomheten. B hevder dessuten at A ikke er kvalifisert for utvidet stilling.

Den som ble ansatt i fulltidsstillingen hadde også fortrinnsrett

Fortrinnsretten gjelder i «virksomheten», og er ikke avgrenset til den enkelte butikk. Det går fram av arbeidsavtalene at man er ansatt i A/S B, og det er dette som utgjør «virksomheten» man kan ha fortrinnsrett til stillinger i.

Den som ble tilsatt i fulltidsstillingen ved butikken på [lokasjon 1] var også ansatt i B i en stilling på 50 prosent ved butikken i [lokasjon 2].

Arbeidsmiljøloven § 14-3 første ledd inneholder ingen prioritetsregel dersom det er flere fortrinnsberettigede etter bestemmelsen. Bestemmelsen skal etter både nemndspraksis og rettspraksis forstås slik at det tilligger arbeidsgiver å foreta prioriteringen dersom det er flere fortrinnsberettigede.

Tvisteløsningsnemnda kan ikke ta stilling til As øvrige krav om fortrinnsrett fordi han ikke har fremmet kravene for arbeidsgiver

As krav om fortrinnsrett til stillingsutvidelsene på 33,33 prosent som to deltidsansatte ved butikken på [lokasjon 1] fikk, og til de to stillingene på 8 prosent som to tidligere tilkallingsvikarer fikk ble ikke fremsatt før hans brev til nemnda av 10. juni 2024.

Etter arbeidsmiljøloven § 17-2 a første ledd første punktum skal sak for Tvisteløsningsnemnda reises «senest fire uker etter at arbeidsgivers skriftlige avslag er kommet frem til arbeidstaker». Forutsetningen for at Tvisteløsningsnemnda kan behandle et krav om fortrinnsrett, er altså at arbeidstakeren har krevet fortrinnsrett og har fått et skriftlig avslag.

As krav om fortrinnsrett er tidligere bare fremmet for fulltidsstillingen ved butikken på [lokasjon 1]. B har derfor aldri tatt stilling til et krav om fortrinnsrett til stillingsøkningene på 33,33 prosent eller de to stillingene på 8 prosent.

Krav om fortrinnsrett til stillingsutvidelsene på 33,33 prosent og til stillingene på 8 prosent er utenfor bestemmelsens anvendelsesområde

Krav om fortrinnsrett kan bare gjøres gjeldende i tilfeller hvor «arbeidsgiver foretar ny ansettelse eller innleie i virksomheten» jf. arbeidsmiljøloven § 14-3 første ledd. I tilfeller hvor faste ansatte får utvidet sine stillingsbrøker, er man utenfor bestemmelsens anvendelsesområde.

De to «lørdagsvikarene» som fikk stillinger på 8 prosent hadde over tid vært tilknyttet B som tilkallingshjelper, og fikk altså en fastere tilknytning i deltid. Det er Bs syn at man også her er utenfor formålet i § 14-3.

Stillingsutvidelsene på 33,33 prosent ble uansett gitt til andre deltidsansatte med fortrinnsrett

B hevder subsidiært at de to deltidsansatte som fikk utvidet sine stillinger fra 20 til 53,33 prosent hadde fortrinnsrett. Begge disse var også faste ansatte i B, for tiden ved butikken på [lokasjon 1]. B viser til sin begrunnelse under punktet om fortrinnsrett til fulltidsstillingen.

Fortrinnsrett til stillingene på 8 prosent vil uansett innebære vesentlige ulemper for B

De to arbeidstakerne som er ansatt i to stillinger, hver på 8 prosent/tre timer i uken, arbeider kun lørdager, idet B har behov for større bemanning i helgene som følge av økt kundetilstrømming. Disse ble ansatt med arbeidstid annenhver lørdag nettopp for å få kabalen til å gå opp på lørdager. tillegg er det slik at A i sin stilling arbeider hver lørdag i partallsuker. B kan derfor vanskelig se hvordan en utvidelse av hans stilling med ytterligere to lørdagsvakter i det hele tatt er praktisk mulig.

A er ikke kvalifisert for utvidet stilling

A har etter Bs syn på en del punkter manglende forståelse av rollen som ekspeditør. Selv om han i dag innehar en deltidsstilling, har han et forbedringspotensial. Det har over noe tid vært utfordringer med As kundefokus i butikken, evne til å møte kundene med positivitet og oppmerksomhet, med evne til ryddighet, punktlighet og fokus på å følge Bs rutiner. Disse forholdene er tatt opp med A i den løpende personaloppfølgingen.

Arbeidstakers syn på saken

A hevder primært at han har fortrinnsrett til fulltidsstillingen ved butikken på [lokasjon 1] fordi stillingen ble gitt til en ekstern søker.

Subsidiært hevder A at han har fortrinnsrett til de to stillingsutvidelsene på 33,33 prosent og de to stillingene på 8 prosent, slik at han får en arbeidstid på 35 timer i uken.

Det er foretatt en ansettelse i fulltidsstillingen av en som ikke hadde fortrinnsrett

Den som fikk stillingen, er ekstern i forhold til «virksomheten», som her må regnes som butikken på [lokasjon 1]. Ellers kan B fritt plukke fra [antall butikker] og effektivt uthule/fjerne fortrinnsretten for deltidsansatte.

Tvisteløsningsnemndas vedtak 2016/18 og 2022/10 er tydelige og konsekvente. I § 14-3-sakene snevres virksomhetsbegrepet inn til den aktuelle arbeidsplassen, som i dette tilfellet er Bs butikk på [lokasjon 1].

A har også fortrinnsrett etter Overenskomsten mellom B og Handel og Kontor.

Nyansettelser som det kan kreves fortrinnsrett til

Selv om ikke stillingsutvidelsene på 33,33 prosent og de to stillingene på 8 prosent ble lyst ut, må det regnes som nyansettelser som det kan kreves fortrinnsrett til. Arbeidsgiver kan ikke bruke egen manglende utlysning i strid med arbeidsmiljøloven § 14-1 og manglende drøfting etter § 14-3 fjerde ledd som begrunnelse for- og legitimering av egne brudd på verneregler.

De to som fikk utvidet sine stillinger hadde kortere ansiennitet

De to som fikk utvidet sine stillinger med 33,33 prosent hadde kortere ansiennitet enn A, og disse utvidelsene skjedde derfor til fortrenghet for As fortrinnsrett. Dette følger av Overenskomsten mellom B og Handel og Kontor.

Ikke vesentlig ulempe å gi A fortrinnsrett til stillingene på 8 prosent

Unntaket hvor arbeidstakere likevel ikke har fortrinnsrett fordi det vil medføre «vesentlig ulempe» for arbeidsgiver skal forstås strengt, og at det skal mye til for at et forhold skal regnes som en vesentlig ulempe.

B har gode rutiner for å sette opp vaktlistene, og full stilling for A medfører ikke at han må jobbe hver lørdag. Ansatte i full stilling går i en rotasjon hvor de arbeider annenhver mandag og annenhver lørdag. For A vil dette være en betydelig forbedring sammenlignet med situasjonen i 2023 da han arbeidet stort sett de fleste lørdager for å sikre en lønn han kunne leve av.

A er kvalifisert for utvidet stilling

A har aldri mottatt noen negative tilbakemeldinger fra sine ledere før han krevde utvidet stilling. I medarbeidersamtale mellom A og hans nærmeste leder (butikksjefen i butikken på [lokasjon 1]), gjennomført i mars 2024, uttaler butikksjefen at hun er helt enig når A selv vurderer at han er fornøyd med egne prestasjoner som ekspeditør.

Lovgrunnlag og hva partene er uenige om

Twisteløsningsnemnda kan etter arbeidsmiljøloven § 17-2 avgjøre tvister som nevnt i arbeidsmiljøloven 14-3 første ledd.

Deltidsansatte har fortrinnsrett til utvidet stilling fremfor at arbeidsgiver foretar ny ansettelse eller innleie i virksomheten. Fortrinnsretten kan også gjelde en del av en stilling.

Etter § 14-3 tredje ledd må arbeidstaker være kvalifisert for stillingen og utøvelse av fortrinnsretten må ikke innebære vesentlige ulemper for virksomheten.

I denne saken er partene uenige om A hadde fortrinnsrett til fulltidsstillingen, om han kunne kreve fortrinnsrett til stillingsutvidelsene til to andre deltidsansatte på 33,33 prosent og til to stillinger på 8 prosent. Partene er videre uenig i om de to deltidsansatte hadde fortrinnsrett

fremfor A, om det vil medføre vesentlig ulempe for virksomheten å ansette ham i stillingene på 8 prosent og om han er kvalifisert for utvidet stilling.

Nemndas begrunnelse

Nemnda har enstemmig kommet til at A ikke får medhold i sine krav.

Nemnda har gjort disse vurderingene:

Har arbeidsgiver ansatt en annen arbeidstaker med fortrinnsrett i fulltidsstillingen?

Nemnda har kommet til at den som fikk fulltidsstillingen hadde fortrinnsrett.

Loven har ingen regler om hvem arbeidsgiver skal velge når det er flere deltidsansatte som har fortrinnsrett. Hvis arbeidstakeren som fikk stillingen hadde fortrinnsrett kan nemnda derfor ikke bestemme hvem arbeidsgiver skal velge. Dette er fast praksis i nemnda, se blant annet vedtak 76/22 og 9/22.

Nemnda har lagt avgjørende vekt på at det går fram av dokumentasjonen i saken at ekspeditørene i B har sitt ansettelsesforhold med B, og at arbeidsstedet vil være «for tiden» (...) butikk. Dette innebærer at «virksomheten» fortrinnsretten kan gjøres gjeldende innenfor er B som helhet, og ikke bare den enkelte butikk. Arbeidstaker har ikke bestridt at den tilsatte oppfyller de øvrige vilkårene for fortrinnsrett etter arbeidsmiljøloven § 14-3.

Siden den andre arbeidstakeren hadde fortrinnsrett, er det ikke nødvendig for nemnda å ta stilling til om A også hadde fortrinnsrett til fulltidsstillingen.

Innebar stillingsutvidelsene på 33,33 prosent og ansettelsene på 8 prosent for to tilkallingsvikarer at det ble foretatt «nye ansettelse» i virksomheten?

Nemnda har kommet til at det er foretatt nye ansettelse i virksomheten.

Nemnda bemerker innledningsvis at om stillingen er utlyst ikke er avgjørende for om arbeidstaker kan kreve fortrinnsrett, se f.eks. nemndas vedtak 36/23.

Når det gjelder de to stillingsutvidelsene på 33,33 prosent til to deltidsansatte, viser nemnda til vedtak 98/23 og 07/06 der andre deltidsansatte fikk økt sine stillinger og der nemnda kom til det var foretatt nye ansettelse som utløste fortrinnsrett. Nemnda kan ikke se at det er noen grunn til å vurdere hvorvidt utvidet stilling for en deltidsansatt innebærer en ny ansettelse i butikk X annerledes enn i butikk Y, såfremt begge butikkene er innenfor samme virksomhet. Dette innebærer at de to stillingsutvidelsene på 33,33 prosent er å anse som nye ansettelse.

Videre, når det gjelder ansettelse av to tilkallingsvikarer i stillinger på 8 prosent er det klart at også dette er å anse som nye ansettelse, se eksempelvis vedtak 66/10.

Har A krevd fortrinnsrett til stillingsutvidelsene på 33,33 prosent og stillingene på 8 prosent?

Slik saken er opplyst har nemnda kommet til at A har krevd fortrinnsrett også til disse stillingene.

Det er ingen formkrav i loven som sier hvordan deltidsansatte kan kreve fortrinnsrett. Nemnda har i sin praksis tatt utgangspunkt i at skal lite aktivitet til fra arbeidstakers side før arbeidsgiver må vurdere om han har fortrinnsrett. Det avgjørende er om arbeidstakeren har gjort arbeidsgiver kjent med at han ønsker utvidet stilling. Dette kan gjøres muntlig eller skriftlig. For eksempel ved å søke på, eller kreve fortrinnsrett til en konkret stilling, eller ved å informere arbeidsgiver om at han/han ønsker høyere stillingsprosent når noe blir ledig.

A har i forkant av stillingsutvidelsene og ansettelsene uttalt at han ønsker å utvide stillingen sin. Dette er tilstrekkelig for å kreve fortrinnsrett etter bestemmelsen.

Hadde de to deltidsansatte som fikk utvidet sine stillinger med 33,33 prosent fortrinnsrett?

Nemnda har kommet til at de to deltidsansatte som fikk utvidet sine stillinger med 33,33 prosent hadde fortrinnsrett, idet også disse var faste ansatte i B. Nemnda viser ellers til merknadene i vurderingen av fortrinnsrett til fulltidsstillingen.

Ville innvilgelse av fortrinnsrett for A innebære vesentlige ulemper for B?

Nemnda har kommet til at det ville innebære vesentlige ulemper for B om A fikk fortrinnsrett til stillingene på 8 prosent.

Det må gjøres en konkret vurdering av om utøvelse av fortrinnsretten gir urimelig utslag for virksomheten. Kravet til at ulempene må være «vesentlige» betyr at det ikke er nok med en generell ulempe. I forarbeidene til arbeidsmiljøloven § 14-3 (Ot. prp. nr. 49 (2004-2005) pkt. 17.2.6) nevnes det noen eksempler på hva som kan være vesentlige ulemper. Det kan være en ulempe å ikke få ansatt flere personer, eksempelvis for å unngå konflikt med arbeidstidsbestemmelser. Fortrinnsretten kan gi ulemper for andre arbeidstakere, som flere ubekvemme vakter eller færre personer å dele arbeidet på.

Det er arbeidsgiver som må sannsynliggjøre at innvilgelse av fortrinnsretten vil innebære vesentlige ulemper.

Nemnda viser til at de to stillingene på 8 prosent har fast arbeidstid på lørdager, da B har behov for økt bemanning i helger. Nemnda viser videre til at A allerede jobber annenhver lørdag i sin turnus. Det vil si at arbeidstiden i de to 8-prosentstillingene enten er sammenfallende med hans egen, eller er lagt til de lørdagene A har frihelg. Slik nemnda ser det vil resultatet dermed enten bli at A må jobbe hver lørdag, noe som vil være i strid med hviletidsbestemmelsene i arbeidsmiljøloven, eller så vil B ikke ha tilstrekkelig bemanning på lørdager. Nemnda mener begge disse løsningene vil innebære vesentlige ulemper for B, og A har dermed ikke fortrinnsrett til utvidet stilling. Det er etter dette ikke nødvendig for nemnda å ta stilling til om A er kvalifisert.

Nemnda bemerker at det er uheldig at arbeidsgiver ikke har drøftet spørsmålet om fortrinnsrett med arbeidstakeren slik arbeidsmiljøloven § 14-3 fjerde ledd krever.

Tvisteløsningsnemnda

Steffen Rogstad
Nestleder

20. september 2024