



Tvisteløysingsnemnda

Vedtaksdato
18. mai 2020

Vår referanse
2019/26612

Saksbehandlar
Nina N. Hermansen

VEDTAK NR 81/20 I TVISTELØYSINGSNEMNDA

Tvisteløysingsnemnda heldt møte torsdag 12. mai 2020.

Ved behandlinga av saka var tvisteløysingsnemnda satt saman slik:

Faste medlemmar

Anne Marie Due, leiar
Marianne Pedersen, NHO
Tore Trygve Dahlstrøm, Unio

Saken gjeld

Tvist om fortrinnsrett for deltidstilsette etter arbeidsmiljøloven § 14-3

Arbeidstakar

A

Arbeidsgivar

B

Nemnda vedtok:

Saksforhold

A er fast tilsett som servicemedarbeidar i stilling på 80 prosent hos B.

Den 9. september 2019 inngjekk arbeidsgivar ein midlertidig arbeidsavtale på timebasis med ein ekstern servicemedarbeidar. Avtalen vara til 31. desember 2019.

A søkte om auka stilling den 1. oktober 2019.

Arbeidsgivar av slo kravet i e-post av 29. oktober 2019.

A kravde fortrinnsrett den 30. oktober 2019.

Arbeidsgivar av slo kravet i e-post av 21. november 2019. Avslaget blei grunngitt med at vilkåra for fortrinnsrett etter arbeidsmiljølova § 14-3 ikkje er oppfylt.

Saka blei bringa inn for Tvisteløysingsnemnda ved e-post av 17. desember 2019. Overfor nemnda har begge partar fått høve til å kome med utfyllande merknader i saka.

Nemnda har fått desse dokumenta frå arbeidstakaren:

- e-post av 17. desember 2019 med vedlegg
- e-post av 13. februar 2020 med vedlegg
- e-post av 20. mars 2020 med vedlegg

Nemnda har fått desse dokumenta frå arbeidsgivaren:

- e-post av 7. januar 2020
- e-post med vedlegg av 27. januar 2020
- brev datert 28. februar 2020
- e-post av 16. mars 2020

Utsegner frå arbeidstakar

A gjer gjeldande at ho hadde fortrinnsrett til stillinga som servicemedarbeidar, og fører i det vesentlege fram:

Søknaden av 1. oktober 2019 handlar ikkje om fortrinnsrett til utvida stilling. Søknaden handla om å få utvida stillinga permanent til 100 prosent og var grunngitt i omfanget av arbeidsoppgåvene til arbeidstakar. Det var ikkje nemnt krav om fortrinnsrett eller det faktum av at det var tilsett ein ekstern i deltidsstilling. Det følger av praksis frå tvisteløysingsnemnda, at så lenge arbeidstakar har ei viss grunngitt forventning om at arbeidsgivar vurderer fortrinnsretten til den tilsette, så kan ein ikkje rekne endeleg avslag frå før det er klart for arbeidstakar at arbeidsgivar er heilt ferdig med sin prosess. I denne saka har arbeidstakar vore i kontinuerleg dialog med arbeidsgivar og etterspurt tilbakemelding på kravet om fortrinnsrett.

A har vore ulovleg midlertidig tilsett og det kan ikkje brukast mot henne at arbeidsgivar har tilsett henne på ulovlege vilkår heilt fram til november 2019. Det er det faktiske arbeidstilhøvet som må leggjast til grunn for å vurdere hennar status i oktober 2019 og ho er rekna som fast tilsett sidan vilkåra for midlertidigheit ikkje er oppfylt.

A står fast ved påstanden om at det er i strid med formålet med arbeidstrening dersom arbeidskraft i arbeidstrening blir nytta for å fortrenge A sin rett til utvida stilling.

A har fortrinnsrett til 100 prosent stilling som servicemedarbeidar framfor at arbeidsgivar tilset personar utanfrå verksemda. A har aldri opplevd hausten 2019 at det har vore to servicemedarbeidarar på arbeid samtidig. At verksemda har behov for færre tilsette er ikkje relevant for A si fortrinnsrett. Det vil ikkje vere ei vesentleg ulempe for verksemda å gje A fortrinnsrett.

Utsegn frå arbeidsgivar

B gjer gjeldande at saka er fremma for seint til Tvisteløysingsnemnda og at saka må avvisast. Subsidiært gjer dei gjeldande at vilkåra for fortrinnsrett etter arbeidsmiljølova § 14-3 ikkje er oppfylt. A var ikkje fast tilsett i verksemda da den eksterne ble tilsett. Videre vil det vere ei vesentleg ulempe å gje A fortrinnsrett til stillinga og at tilsette i arbeidstrening ikkje utløyser fortrinnsrett.

A sette fram krav om auka stilling ved e-post av 1. oktober 2019 og arbeidsgivar av slo kravet i e-post av 29. oktober 2019. Etter at A fekk arbeidsgivars avslag, fremma fagforeininga Handel og Kontor på vegne av A igjen kravet om auka stilling til 100 prosent, samtidig fremma dei krav om fast tilsetting. Arbeidsgivar av slo kravet om auka stilling, men valde å tilby A fast tilsetting i 80 prosent stilling. Det blei inngått avtale om at tilsettinga i fast stilling skulle gjelde frå 1. november 2019. Saka er såleis ikkje fremma for tvisteløysingsnemnda rettidig.

Verksemda tilsette ein midlertidig servicemedarbeidar på timebasis, utan nokon fast stillingsprosent, i september 2019. Avtalen vara til årsskiftet 2019. Vedkommande blei tilsett for å sikre at det kunne vere to servicemedarbeidarar på arbeid samtidig i høgaktivitetsperiodane midt på dagen. Dei har ikkje behov for å ha ein servicemedarbeidar i 100 prosent stilling og det vil vere ei vesentleg ulempe for verksemda å gje A fortrinnsrett til 100 prosent stilling. Det er ved høgaktivitetsperiodane det kan vere behov for to tilsette som arbeidar samtidig. Det er ikkje riktig at det ikkje har vore to servicemedarbeidarar på arbeid samtidig hausten 2019.

At arbeidsgivar har personar i kortvarig arbeidstrening etter samarbeid med NAV, utløyser ikkje fortrinnsrett etter § 14-3. Dette er tiltaksdeltakerar og ikkje tilsette i verksemda, jf. Tiltaksforskrifta § 3-7. Arbeidstreningstiltak utgjer ingen «ny ansettelse» etter arbeidsmiljølova § 14-3.

Merknader frå Tvisteløysingsnemnda

Tvist mellom arbeidsgivar og arbeidstakar om fortrinnsrett for deltidstilsette kan bringast inn

for Tvisteløysingsnemnda, jf. arbeidsmiljølova § 17-2 (1) og § 14-3 (5). I samsvar med forskrift om tvisteløysingsnemnd etter arbeidsmiljølova § 2 blir nemnda sett med leiar og to faste medlemmar.

Arbeidsmiljølova § 14-3 (1) fastset at deltidstilsette har fortrinnsrett til utvida stilling framfor at arbeidsgivaren gjer nyttilsettingar i verksemda. Eit vilkår for fortrinnsretten er at arbeidstakaren er kvalifisert for stillinga, og at å bruke fortrinnsretten ikkje vil gi vesentlege ulemper for verksemda, jf. § 14-3 (2). Ved vurderinga av om arbeidstakaren er kvalifisert, kan det, ifølgje førearbeida til lova, takast omsyn til både faglege og personlege føresetnader.

Fristen for å bringe saka inn for Tvisteløysingsnemnda er fire veker etter at skriftleg avslag frå arbeidsgivaren er komme fram til arbeidstakaren, jf. arbeidsmiljølova § 17-2 a (1).

Arbeidsgivar gjer gjeldande at A kravde auka stilling ved e-post av 1. oktober 2019 og at arbeidsgivar av slo kravet i e-post av 29. oktober 2019. At arbeidstakar ved fagforeininga på nytt vel å fremma det same kravet om auka stilling medføre ikkje at ny frist begynner å løpa etter arbeidsmiljølova § 17-2 (1).

Arbeidstakar gjer gjeldande at søknaden av 1. oktober 2019 ikkje handlar om fortrinnsrett til utvida stilling.

Ein ekstern ble tilsett i omtvista stilling den 9. september 2019 og nemnda legg til grunn at A visste dette da ho fremma kravet 1. oktober 2019.

Lova oppstiller ingen formkrav til korleis krav om fortrinnsrett for deltidstilsette skal settast fram. Nemnda legg til grunn at arbeidstakar må ha gitt uttrykk for eit ønske om auka stilling, eksempelvis ved å søke på ei stilling, ved å fremma krav om fortrinnsrett eller ved at arbeidsgivar på ein eller anna måte har blitt kjent med at arbeidstakar ønske auka stilling.

Nemnda legg til grunn at arbeidstakar gjorde fortrinnsretten gjeldande ved e-post av 1. oktober 2019.

Arbeidstakar fremma saka for Tvisteløysingsnemnda ved e-post av 17. desember 2019. For at saka skal vere fremma rettidig må arbeidstakar tidlegast ha motteke arbeidsgivars skriftlege avslag 19. november 2019.

Nemnda har kome til at saka ikkje er rettidig fremma for Tvisteløysingsnemnda. Sjølv om det er noko tvil om kravet av 1. oktober 2019 gjaldt fortrinnsrett, legg nemnda til grunn at e-posten av 29. oktober 2019 er å sjå på som eit avslag frå arbeidsgivar på auka stilling/fortrinnsrett til auka stilling. Fristen for å fremma saka til Tvisteløysingsnemnda enda dermed seinast 26. november 2019.

I tillegg viser nemnda til, at slik saka er opplyst, så kan ikkje nemnda sjå at arbeidstakar har eit reelt behov for ei rettsleg avklaring.

Etter arbeidsmiljølova § 17-2 er det berre «tvistar» som nemnt i § 14-3 som kan bringast inn for Tvisteløysingsnemnda til avgjerd. Nemnda har i tidlegare saker lagt til grunn at ein tvist

som er aktuell for føresegna, berre er til stades der arbeidstakaren har eit reelt behov for å få saka avgjort. Kravet til eit reelt behov for avgjerd må slik nemnda oppfattar det, reknast som eit generelt vilkår og må òg gjelde i denne saka. Ved vurderinga av om det er eit reelt behov, har nemnda tatt utgangspunkt i ein analogisk bruk av tvistelova § 1-3, som seier at dette må avgjerast ut frå ei samla vurdering av kor aktuelt kravet er, og partane si tilknytning til det.

Det er opplyst at den midlertidige stillinga som A har fremma krav om fortrinnsrett til blei avslutta 31. desember 2019. Det vil dermed ikkje lenger vere aktuelt for A å få auka stillinga si.

Med omsyn til eit mogleg erstatningskrav mot arbeidsgivaren viser nemnda i denne samanhengen til nemndsvedtak 85/11, der det er presisert:

«Nemnda presiserer at heller ikke et eventuelt erstatningskrav gir A en aktuell interesse i å få prøvet denne saken. Ved brudd på reglene om fortrinnsrett kan arbeidstaker fremme krav for retten om erstatning i henhold til arbeidsmiljøloven § 14-4. I tilfelle vil retten prejudisielt måtte ta stilling til hvorvidt reglene om fortrinnsretten er overtrådt. Nemnda har ikke kompetanse til å behandle slike krav»

Nemnda har difor kome til at saka må avvistast.

Konklusjon

Saka er avvist.

Tvisteløysingsnemnda

Anne Marie Due
leiar

18. mai 2020

Til orientering:

Tvistar som nemnt i §§ 8-3, 10-13, 12-14, 14-3 og 14-4 a kan takast inn for domstolane etter at avgjerda frå Tvisteløysingsnemnda er klar, jf. arbeidsmiljølova § 17-2 (2). Konklusjonen frå nemnda står ved lag mens saka er til behandling i domstolane. Dersom dette vil verke urimeleg, kan retten etter krav frå ein av partane fastsette ei anna, mellombels ordning.

Fristen for å bringe tvisten inn for domstolane er åtte veker frå det tidspunktet parten blei orientert om avgjerda til nemnda, jf. arbeidsmiljølova § 17-2 (3).

Blir det ikkje reist søksmål innan fristen, har vedtaket verknad som ein rettskraftig dom, og det kan fullbyrdast etter reglane som gjeld for dommar, jf. arbeidsmiljølova § 17-2 (4).