



Tvisteløsningsnemnda

Vedtaksdato
1. desember 2022

Vår referanse
2022/110

Saksbehandler
Katarina Torrissen Revang

VEDTAK NR 115/22 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Tvisteløsningsnemnda avholdt møte torsdag 1. desember 2022.

Ved behandlingen av saken var Tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Steffen G. Rogstad, nestleder

Ingrid Tordis Enoksen, Unio

Andreas Dag Nilsen, KS

Særskilt oppnevnte medlemmer

Line Mette Brekke Pedersen, Hageland

Bjørn Bringeland, 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 salgsmedarbeider med teamlederansvar i stilling på 70 prosent hos B.

B lyste i juni 2022 ut en fast heltidsstilling som salgsmedarbeider med teamlederansvar. A søkte på stillingen og krevde fortrinnsrett etter arbeidsmiljøloven § 14-3. Den 24. juni 2022 ble hun muntlig informert om at en gartner var tilsatt i stillingen.

B hadde ved to tidligere anledninger utlyst gartnerstilling uten å få tilsatt noen. Første gang stillingen ble utlyst var 11. februar 2020 og andre gang var 14. februar 2022.

A har hatt et stort omfang sykefravær siden 23. november 2021, og er fremdeles 100 prosent sykmeldt.

Saken ble brakt inn for Tvisteløsningsnemnda ved brev datert 24. juni 2022. Overfor nemnda har begge parter fått anledning til å komme med utfyllende merknader i saken.

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidstaker:

- brev datert 24. juni 2022
- brev datert 10. juli 2022

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev datert 12. august 2022
- brev datert 5. september 2022 (kopi av brev datert 12. august 2022)

Arbeidstakers anførsler

A gjør gjeldende at hun har fortrinnsrett til stillingen og anfører i det vesentligste at det er den samme stillingen som hun har fra før, bare med en større stillingsprosent. A mener det er feil at det ble tilsatt en gartner når hun har fortrinnsrett etter arbeidsmiljøloven. A har videre opplyst at hun «nå i en periode» har vært sykmeldt på grunn av instabilitet i en skulder.

Arbeidsgivers anførsler

B gjør gjeldende at A ikke har fortrinnsrett til stillingen, og anfører i det vesentligste at ansettelse vil innebære en vesentlig ulempe for virksomheten.

Arbeidsgiver viser til at gartnerutdannelse er avgjørende for virksomhetens fremtid, for å kunne bygge kompetanse og for å drive på en forsvarlig måte. Som følge av sykefravær har ikke A hatt mulighet til å stille sin arbeidskraft til rådighet i tilstrekkelig grad. Arbeidsgiver mener derfor at større stilling vil kunne medføre ytterligere helseutfordringer for A, og at hun derved ikke er kvalifisert til fortrinnsrett. Det vises til at B ikke er forpliktet til å gi fortrinnsrett til en stilling som må tilrettelegges. Arbeidsgiver mener at det er avgjørende at

teamlederen er til stede på arbeidsplassen, og at hyppig og lengre fravær derfor vil kunne påvirke virksomheten negativt.

Tvistløsningsnemndas 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).

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 fr 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.

Partene er enige om at det er samme type stilling som A er ansatt i som er utlyst og at arbeidsoppgavene er om lag de samme.

B har anført at A ikke er kvalifisert for stillingen og vist til sykehistorikken hennes. Ut fra konteksten og argumentasjonen ellers, forstår likevel nemnda uttalelsen slik at B mener dette er et av flere momenter som skal tas i betraktning i ulempevurderingen. Slik nemnda forstår det er derfor uenigheten i saken om innvilgelse av fortrinnsrett ville medført en vesentlig ulempe for virksomheten.

Nemnda vil for ordens skyld likevel bemerke at A vurderes som kvalifisert til stillingen. Nemnda viser til at selv om det ikke kan utelukkes at helseproblemer i spesielle tilfeller, og særlig ved kroniske lidelser, kan medføre at en arbeidstaker ikke anses som kvalifisert til stillingsutvidelsen, skal det mye til. Dette er imidlertid ikke tilfelle i denne saken.

Arbeidstaker har etter dette fortrinnsrett etter § 14-3 og kan derfor få medhold i sitt krav, med mindre det er til vesentlig ulempe for virksomheten.

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.»

Innledningsvis bemerker nemnda at når det gjelder anførselen om at gartnerutdanning er avgjørende for virksomhetens fremtid, er det fast praksis at fortrinnsrett ikke kan avskjæres med den begrunnelse at en annen søker er mer kvalifisert eller har en mer attraktiv kompetanse. Tvert imot er det nettopp i slike tilfeller at fortrinnsretten skal sikre den ansatte utvidet stilling.

Etter en konkret vurdering har likevel nemnda kommet til at B i tilstrekkelig grad har sannsynliggjort at det ville medført vesentlig ulempe å innvilge fortrinnsrett til stillingen.

Det vises til et stort omfang sykefravær helt siden 23. november 2021 fram til dags dato. Arbeidsgiver har forsøkt tilrettelegging i henhold til arbeidsmiljøloven § 4-6 uten at det har påvirket muligheten for A til å være i arbeid, da selv de letteste arbeidsoppgavene ikke kan gjøres uten at hun får smerter.

Nemnda finner at dokumentasjonen i tilstrekkelig grad sannsynliggjør at A på ubestemt tid framover vil være sykmeldt. Nemnda viser til at sykefraværet har vart i lengre tid, og at det er ikke forespeilet noe tidspunkt for når hun kan vende tilbake. I vurderingen er det også vektlagt at stillingen er en teamlederstilling. Nemnda har forståelse for at det er av vesentlig betydning at en teamleder er til stede på arbeidsplassen for å lede andre ansatte. Samlet sett mener nemnda at arbeidsgiver i tilstrekkelig grad har sannsynliggjort at innvilgelse av fortrinnsrett vil innebære en vesentlig ulempe for virksomheten.

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

Konklusjon

A gis ikke medhold.

Tvisteløsningsnemnda

Steffen G. Rogstad
Nestleder

1. desember 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.