



Tvisteløsningsnemnda

Vedtaksdato
08.11.2023

Vår referanse
2023/166

Saksbehandler
Anniken Sætran Hansen

VEDTAK NR 115 /23 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Sakens tema

Tvist om fortrinnsrett for deltidsansatte etter arbeidsmiljøloven § 14-3 mellom A og B.

Vedtak

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

Nemndas sammensetning

Anne Marie Due, leder

Ingrid Tordis Enoksen, UNIO, fast medlem arbeidstakersiden

Andreas Dag Nilsen, KS, fast medlem arbeidsgiversiden

Live Lien, Anton Sport, bransjemedlem arbeidstakersiden

Veronica Haug, REMA 1000, bransjemedlem arbeidsgiversiden

Sakens bakgrunn

A er fast ansatt som butikkmedarbeider i stilling på 68,67 prosent i B ved Butikk C. A har jobbet ved Butikk C siden 3. april 2017, og har låseansvar.

Den 11. juni 2023 fikk han en SMS fra arbeidsgiver med tilbud om 71,07 prosent stilling fra 21. august 2023. Arbeidsgiver viser til ny arbeidskontrakt om at A har hatt denne stillingen siden 21. august 2023. A hevder at han ikke har signert en ny kontrakt på 71 prosent stilling.

I personalmøte 13. juni 2023, ble A gjort kjent med at B hadde lyst ut to stillinger, en som butikkmedarbeider på 10 prosent og en som låseansvarlig på 50 prosent. I utlysningen som låseansvarlig er kvalifikasjonskravet at det er ønskelig med erfaring fra dagligvarebransjen, men at det ikke er en betingelse. Stillingen har følgende arbeidsoppgaver:

- hovedsakelig kassererarbeid
- kundebehandling
- varehåndtering
- forfallende butikkarbeid
- ansvarlig når butikksjef og assisterende ikke er til stede

A krevde utvidet stilling til 100 prosent og presiserte at fortrinnsretten også kan gjelde en del av en stilling.

Den 15. juni 2023 ble det gjennomført et dialogmøte med A, butikksjefen og verneombudet. A opplyste om at en stilling på 80 - 90 prosent også er ok. Arbeidsgiver opplyste at butikken trengte flere ansatte fordi de har mottatt fire oppsigelser den siste tiden og at butikken ikke kan ha for få ansatte på grunn av fravær i forbindelse med sykdom og ferie. Videre opplyste arbeidsgiver om at en så stor stilling krever mer erfaring og ansvar, og at han har blitt tilbudt en utvidelse av stillingen til 71 prosent.

Den 13. juli 2023 fikk A en SMS fra arbeidsgiver med tilbud om 77,5 prosent stilling, under forutsetning av at han jobbet hver lørdag, hvorav to tidligvakter fra kl. 9.00-15.00 og to seinvakter. A avslo tilbudet.

I brev av 6. oktober 2023, har A presisert at han krever fortrinnsrett til deler av stillingen som låseansvarlig på 50 prosent.

Arbeidsgiver opplyser om at stillingen på 50 prosent er besatt av en ekstern søker som har jobbet som husøkonom og dermed har både ledelsesansvar og innkjøpsansvar.

Sakens dokumenter

A sendte saken til nemnda den 17. juli 2023.

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

A har sendt følgende til nemnda:

- brev av 17. juli 2023
- brev av 21. august 2023
- brev av 22. august 2023

- brev av 4. september 2023
- brev av 6. oktober 2023
- brev av 17. oktober 2023

B har sendt følgende til nemnda:

- brev av 16. august 2023
- brev av 22. august 2023
- brev av 27. september 2023
- brev av 3. oktober 2023
- brev av 6. oktober 2023

Arbeidsgivers syn på saken

B gjør gjeldende at A ikke kan få medhold i sitt krav fordi han ikke er kvalifisert, at det ikke er en utvidelse av hans nåværende stilling, samt at det vil medføre vesentlige ulemper for virksomheten dersom han får fortrinnsrett til deler av stillingen på 50 prosent.

A er ikke kvalifisert

A er ikke kvalifisert for stillingen på 50 prosent på grunn av språkutfordringer, noe som er årsaken til at han ikke har bestillingsansvar. Språkutfordringene kan også være et hinder i dialogen med leverandører, lesing av brev og lignende som er avgjørende for å ta imot bestillinger. Bestillingsansvaret innebærer noe mer enn bare å trykke på de riktige knappene i systemet. Den ansatte er ansvarlig for å sikre at butikken bestiller de riktige varene og har riktig varebeholdning. B presiserer at språkutfordringene også medfører at A kvier seg for å snakke i telefonen.

Det er ikke en utvidelse av nåværende stilling

Stillingen på 50 prosent er tillagt mer ansvar og flere arbeidsoppgaver enn det A har i sin nåværende stilling.

Stillingen inneholder et bestillings- og kontoransvar, ansvar for avdelinger i butikken og utvidet ansvar når butikksjef og assisterende butikksjef ikke er til stede.

Arbeidsoppgavene innebærer blant annet å telle innholdet i safen, fylle ut avstemmingsskjema, og foreta kontroll og rullerende telling av varebeholdningen. Videre er stillingen tillagt overordnet ansvar når butikksjefen og assisterende butikksjef ikke er til stede, ansvar for tipping, klær til og fra renseri, salg av jakt og fiskekort, utlevering og mottak av nøkkel til fiskebu, tilbaketrekking av varer ved salgsforbud, lese og svare på e-post, sjekke prisendringer, oppfølging av spørsmål fra kunder og leverandører, sjekke ordreforslag på brød, og bestille og sjekke ordreforslag på melk, tørrvarer, blomster og frukt og grønt.

A gjør noen av disse oppgavene i dag, men ikke i det omfanget den utlyste stillingen krever. Hans nåværende stilling med låseansvar innebærer arbeidsoppgaver som påfylling av varer, tømning av panteautomat, låse og stenge butikken, i tillegg til å gjøre de oppgavene som står på butikkens ukeplanlegger. Han utfører ikke varetellinger, kontrolltellinger av varer og andre oppgaver som naturlig ville ha ligget til en stilling som låseansvarlig.

Det er til vesentlig ulempe for virksomheten å innvilge fortrinnsrett etter arbeidsmiljøloven § 14-3

B gjør gjeldende at en innvilgelse av fortrinnsrett vil være en vesentlig ulempe for virksomheten. Det er behov for flere ansatte for å opprettholde hviletid og for å få dekket opp helgearbeid/turnus. Butikken har åpningstider fra kl. 07.00-23.00, og fra kl. 09.00-21.00 på lørdager. For å løse dette trenger butikken 10 ansatte. Arbeidsgiver mottok tre oppsigelser før sommeren, hvorav en av disse hadde bestillings- og kontoransvar. Derfor ble det lyst ut en helgestilling på 10 prosent og en stilling på 50 prosent.

Dersom A skulle fått fortrinnsrett til deler av stillingen på 50 prosent, vil ikke virksomheten få annen nødvendig kompetanse, da reststillingen blir for liten. En reststilling på 21 prosent vil innebære arbeid annenhver helg og det er en for liten stilling til at det opparbeides den nødvendige kompetanse og erfaring til en stilling med bestillings- og kontoransvar. I tillegg vil en utvidelse av As nåværende stilling føre til utfordringer, da han i sin turnus jobber samme vakter som ligger til den utlyste stillingen.

Avslutningsvis bemerker arbeidsgiver at A de to siste årene har fått økt sin stilling med totalt 11 prosent.

Arbeidstakers syn på saken

A gjør gjeldende at han har fortrinnsrett til deler av stillingen som låseansvarlig på 50 prosent, fordi han er kvalifisert, det er en utvidelse av hans nåværende stilling, samt at det ikke vil medføre vesentlige ulemper for virksomheten.

A bemerker at det er i strid med heltidsnormen i arbeidsmiljøloven dersom kun butikksjef og assisterende butikksjef skal ha fulle stillinger.

A er kvalifisert

A hevder at han er kvalifisert for deler av stillingen på 50 prosent, selv om han ikke snakker flytende norsk. Bestillingssystemet er ikke vanskeligere enn at det kan læres, og han er kompetent til å kunne ha bestillingsansvar og til å kunne utføre enkelt kontorarbeid. A bemerker også at han har jobbet ved Butikk C siden 2017, og har dermed lang erfaring fra dagligvarebransjen. I stillingsutlysningen kommer det frem at erfaring fra dagligvarebransjen er en fordel, men ingen betingelse, og at nødvendig opplæring vil bli gitt. A trekker frem at B er en del av ordningen med inkluderende arbeidsliv og at det innebærer at de må være villige til å gi den språklige opplæringen som er nødvendig.

Det er en utvidelse av nåværende stilling

A gjør også gjeldende at stillingen som låseansvarlig er en utvidelse av hans nåværende stilling. Selv om nye arbeidsoppgaver vil medføre noe opplæring, mener A at han med sin lange erfaring har forutsetninger for å kunne tilegne seg den kunnskapen som er nødvendig for å gjennomføre oppgavene. Det er uforståelig for han at det er vanskeligere å lære opp noen som har seks års erfaring fra bransjen enn en som ikke har erfaring fra bransjen i det hele tatt.

A opplyser at vedkommende som fikk stillingen ikke har jobbet på kontoret etter at hun begynte å jobbe i butikken. A oppfatter det slik at B forsøker å fremstille stillingen som noe annet enn en vanlig butikkmedarbeider.

Det er ikke en vesentlig ulempe for virksomheten

A er ikke enig i at reststillingen blir for liten for å gi nødvendig kompetanse og erfaring, og viser til fire stillingsutlysninger i andre B- butikker hvor det ble lyst ut stillinger på 20- 30 prosent med låseansvar og avdelingsansvar. I alle utlysningene var en av oppgavene å være ansvarlig når butikksjef og assisterende butikksjef ikke er til stede.

A har forståelse for at butikken har behov for et visst antall ansatte for å kunne opprettholde turnus og hviletid, men det er ikke begrunnet hvorfor dette må løses med deltidstillinger. Han kan ikke se at det å øke hans stilling til en fulltidsstilling er til hinder for å overholde reglene om hviletid. Arbeidsplanen har et visst antall timer som skal dekkes opp, og når det ligger til grunn en fast turnus er det uten betydning om timene dekkes av hele- eller deltidstillinger. Å ha flere deltidstillinger for å kunne dekke inn ved sykdom, fremstår som dårlig begrunnet. I andre bransjer har man ikke folk på deltid i tilfelle noen blir syke. Små stillinger der man er avhengig av ekstravakter for å ha en lønn å leve av er ikke i samsvar med arbeidsmiljølovens hensyn om forutsigbarhet.

Det kommer frem av tidligere turnus at A har fri hver onsdag og annenhver torsdag. Han kunne fått disse vaktene og dermed fått 30 prosent av den utlyste stillingen på 50 prosent. Hvis man bytter helgene, vil arbeidsplanen gå opp slik at han får full stilling.

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 er kvalifisert, om det er en utvidelse av nåværende stilling og om innvilgelse av fortrinnsrett vil medføre vesentlig ulempe for virksomheten.

Nemndas begrunnelse

Nemnda har gjort disse vurderingene:

Nemnda har enstemmig kommet til A får medhold i sitt krav.

Er stillingen som låseansvarlig på 50 prosent en utvidelse av A sin faste stilling?

Det går fram av lovens ordlyd at fortrinnsretten gjelder «utvidet stilling». For at det skal være en utvidet stilling må stillingen ha «om lag samme arbeidsoppgaver» som den deltidsansatte allerede utfører i sin faste stilling. Dette står i forarbeidene til

arbeidsmiljøloven § 14-3 (Innst. O. nr. 100 for 2004-2005 pkt. 17.2) og er fast praksis i nemnda.

Nemnda har lagt avgjørende vekt på utlysningsteksten. Det søkes etter en med låseansvar hvor arbeidsoppgavene hovedsakelig er kassererarbeid, kundebehandling, varehåndtering, forefallende butikkarbeid og utvidet ansvar når butikksjef og assisterende butikksjef ikke er til stede. Det er enighet om at A er ansatt som butikkmedarbeider med låseansvar. Selv om det foreligger forskjeller i forbindelse med butikksjefen og assisterende butikksjef sitt fravær, vil de vesentligste arbeidsoppgavene i begge stillingene være sammenfallende. De oppgavene som gjelder ansvar kan uansett avhjelpest med opplæring, noe arbeidsgiver også må regne med ved utvidelse av stillinger.

Nemnda har kommet til at stillingen som låseansvarlig har om lag samme arbeidsoppgaver som A har sin faste stilling og dermed er det en utvidelse av denne.

Vilkåret om at det må være en utvidelse av arbeidstakers faste stilling er oppfylt og nemnda går derfor videre til vurderingen av om A er kvalifisert for stillingen.

Er A kvalifisert for deler av stillingen som låseansvarlig på 50 prosent?

Det står i lovens forarbeider (Ot. Prp. Nr. 49 (2004-2005) pkt. 17.2.6) at man skal ta hensyn til både faglige og personlige forutsetninger når man vurderer om en arbeidstaker er kvalifisert for en stilling.

Nemnda har i sin vurdering lagt vekt på at A har vært ansatt siden 2017 og at hans norskkunnskaper ikke har vært noe problem tidligere. Nemnda kan dermed ikke se at det skulle stille seg annerledes nå. Videre har nemnda lagt vekt på at det eneste kvalifikasjonskravet som er stilt i utlysningen, er at «erfaring fra dagligvare er ønskelig, men ingen betingelse». Det står ingenting om språkkunnskaper. Videre legger nemnda vekt på at A har lang erfaring fra dagligvarebransjen. Etter nemndas praksis kan ikke fortrinnsrett avskjæres med 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 deltidsansatte utvidet stilling.

Nemnda har derfor kommet til at A er kvalifisert for stillingen og går videre til vurderingen av om det vil innebære en vesentlig ulempe for virksomheten å gi han fortrinnsrett til deler av stillingen.

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

Nemnda har kommet til at det ikke ville innebære vesentlige ulemper for B om A fikk fortrinnsrett til deler av stillingen på 50 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.

Fortrinnsretten kan etter ordlyden også gjelde en del av en stilling. I tilfeller hvor fortrinnsretten gjelder en del av en stilling nevner forarbeidene (Prop. 57 L (2017-2018) punkt 7.3) noen eksempler på hva som kan være vesentlige ulemper. Det kan være problemer med å rekruttere kvalifiserte søkere til resten av en stilling eller at antallet deltidsansatte øker.

Utgangspunktet er at oppdeling av en stilling i seg selv er en ulempe for arbeidsgiver, og at det stilles relativt små krav til konkretisering av negative virkninger for at nemnda skal anse dem som vesentlige i lovens forstand. Alle ulempene må vurderes samlet og konkret i den enkelte sak.

Nemnda legger vekt på at ved å utvide As stilling vil arbeidsgiver sitte igjen med en hel stilling og en stilling på 18 prosent, fremfor to deltidsstillinger. En slik oppdeling vil dermed redusere antallet deltidsansatte, noe som er midt i kjerneområdet for bestemmelsen. Dette kan derfor ikke i seg selv anses som en vesentlig ulempe. Arbeidsgiver har anført at de trenger et visst antall ansatte for å få arbeidsplanen til å gå opp. Nemnda kan ikke se at arbeidsplanen ikke går opp dersom A får en fulltidsstilling, da han i det tilfellet vil få en større stillingsprosent som vil dekket opp flere faste vakter i tillegg til at arbeidsgiver sitter igjen med en reststilling. Videre har arbeidsgiver anført at reststillingen vil gi for lite kompetanse og erfaring, som er nødvendig for en stilling med bestillings- og kontoransvar. Etter nemndas syn kan dette løses ved at A får bestillings- og kontoransvar i en 100 prosent stilling og at reststillingen har mindre ansvar.

Nemndas konklusjon

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

Tvisteløsningsnemnda

Anne Marie Due
Leder

08. november 2023