

VEDTAK NR 05/17 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Tvisteløsningsnemnda avholdt møte fredag 13. januar 2017.

Ved behandlingen av saken var tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Anne Marie Due, leder

Per Engeland, Virke

Ragnhild Bø Raugland, Akademikerne (vara)

Saken gjelder

Tvist om fortrinnsrett for deltidsansatte etter arbeidsmiljøloven § 14-3

Arbeidstaker

A

Arbeidsgiver

B

Det ble truffet slikt vedtak:

Saksforhold

A ble den 1. november 2015 ansatt som ekstrahjelp som butikkmedarbeider ved B, avdeling X storsenter. Den 18. januar 2016 ble A ansatt som fast deltidsansatt med virkning fra 1. januar 2016. I arbeidskontrakten er stillingsstørrelsen angitt til å være mellom 10 og 30 timer pr uke.

I e-post fra arbeidsgiver den 14. mars 2016 ble A orientert av sin arbeidsgiver om at en tidligere deltidsansatt ville komme tilbake i jobb til sommeren.

Etter at arbeidstaker ble klar over at to ansatte skulle slutte, framsatte A ønske om flere arbeidstimer i e-post til arbeidsgiver den 11. april 2016.

Arbeidsgiver informerte i sitt svar av 18. april 2016 at det ikke kunne loves flere arbeidstimer, da det var behov for å ha minimum 6 ansatte i butikken. Det ble samtidig informert om at en medarbeider i arbeidspraksis for butikken skulle begynne i fast jobb etter praksisperioden.

I svar til arbeidsgiver samme dato påberopte A fortrinnsrett etter arbeidsmiljøloven § 14-3. Det ble avholdt møte mellom partene den 21. april 2016, hvor arbeidsgiver opprettholdt sitt avslag.

Saken ble brakt inn for tvisteløsningsnemnda ved brev poststemplet 6. mai 2016.

Under forberedende saksbehandling for nemnda, opplyste arbeidstaker den 6. november 2016 at det i tillegg var ansatt en ny deltidsmedarbeider og to julehjelpere i butikken.

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

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidstaker:

- brev av 3. mai 2016
- brev av 23. mai 2016
- brev av 12. juni 2016
- e-post av 15. september 2016
- brev av 6. oktober 2016
- e-post 17. oktober 2016
- e-post 6. november 2016
- e-post 7. november 2016
- e-post 29. november 2016

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev av 26. mai 2016
- brev av 9. juni 2016
- brev av 18. oktober 2016
- brev av 16. november 2016

Arbeidstakers anførsler

A anfører i det vesentligste at hun har fortrinnsrett til flere arbeidstimer i butikken som følge av en rekke nyansettelser gjennom året. Det ble i løpet av våren 2016 ansatt to nye deltidsmedarbeidere, og på høsten 2016 tre nye ekstrahjelpere. De nyansatte har blitt ført opp på vaktlistene og fått tildelt vakter som hun selv har ønsket og hadde mulighet til å ta.

Det vil ikke være en vesentlig ulempe for butikken om hun får en større stillingsandel og flere vakter. Hun har kapasitet, er fleksibel og kan jobbe når som helst, slik at butikken vil få dekket sitt personalbehov.

Arbeidsgivers anførsler

B anfører i det vesentligste at deltidsansatte som har sluttet i butikken har blitt erstattet av nye deltidsansatte. Det vil for butikken være en vesentlig ulempe å tildele A de ledige vaktene, framfor å ansette nye. Dette fordi butikken ligger i et kjøpesenter med lange åpningstider, slik at man ikke vil klare å få dekket bemanningen dersom det legges opp til at det skal være færre ansatte. Selv med 6 ansatte er det til tider vanskelig å få dekket alle vaktene ved for eksempel sykdom. Butikksjefen har selv vært nødt til å dekke hele åpningstiden ved tilfeller av sykdom, og det er i tillegg nødvendig med ekstrahjelpere i julen.

Grunnet et stort varesortiment har det vært nødvendig å sette opp alle deltidsansatte med et minimum av arbeidstimer, slik at det opprettholdes kunnskap om produktene ovenfor kundene. Det er derfor ikke ønskelig eller mulig å redusere antallet vakter for skoleelevene som er deltidsansatte.

Det er ansatt to nye deltidsmedarbeidere, hvorav den ene ble fast ansatt og begynte sommeren 2016 etter å ha vært utplassert i bedriften. Den andre ble ansatt høsten 2016. Begge ansettelsene ble gjort etter at andre deltidsansatte hadde sluttet. I tillegg kom en deltidsansatt tilbake til butikken sommeren 2016 etter ett års permisjon grunnet skoleår i utlandet.

Av de øvrige så er dette ekstrahjelpere som er ansatt som julehjelpere, hvorav den ene også har bistått som ringevikar og dekket vakter under As sykemelding. Disse er ekstrahjelpere, uten fast ansettelse i butikken.

Tvistløsningsnemndas merknader

Tvist mellom arbeidsgiver og arbeidstaker om fortrinnsrett for deltidsansatte kan bringes inn for tvisteløsningsnemnda, jf. arbeidsmiljøloven § 17-2 (1) og § 14-3 (4).

Etter forskrift om tvisteløsningsnemnd etter arbeidsmiljøloven § 2 settes nemnda med leder og to faste medlemmer.

Arbeidsmiljøloven § 14-3 (1) fastsetter at deltidsansatte har fortrinnsrett til utvidet stilling fremfor at arbeidsgiver foretar ny ansettelse i virksomheten. 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 (2). Ved vurderingen av om arbeidstaker er kvalifisert kan det, i henhold til lovens forarbeider, tas hensyn til både faglige og personlige forutsetninger.

Det presiseres i forarbeidene til bestemmelsen (Innst. O. nr. 100 for 2004-2005 pkt. 17.2) at fortrinnsretten til utvidelse etter § 14-3 gjelder stillinger med om lag de samme

arbeidsoppgaver som den deltidsansatte allerede utfører. Dette er også lagt til grunn i nemndas praksis.

Det legges til grunn at A er kvalifisert for stillingene siden den inneholder de samme arbeidsoppgavene som hennes nåværende stilling. Det er heller ikke påberopt av arbeidsgiver at arbeidstaker ikke er tilstrekkelig kvalifisert.

Det avgjørende for nemnda blir etter dette om utøvelse av fortrinnsretten vil medføre vesentlig ulempe for virksomheten, jf. § 14-3 (2).

Hva som ligger i begrepet vesentlig ulempe, er ikke nærmere definert i loven. Av lovens forarbeider, Ot. prp. nr. 49 (2004-2005) side 227, 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.

Nemnda har etter en konkret helhetsvurdering kommet frem til at det ikke er tilstrekkelig godtgjort fra arbeidsgivers side at enhver utvidelse av As stilling vil medføre vesentlig ulempe for virksomheten.

Det følger av sakens opplysninger at det er gjort til sammen 2 nyansettelser av faste deltidsansatte, samt at en tidligere ansatt kom tilbake etter et skoleår i utlandet. Til tross for at arbeidsgiver har anført at det foreligger behov for et minimum av faste ansatte, finner ikke nemnda at det i tilstrekkelig grad er sannsynliggjort, at enhver utvidelse av As stilling vil medføre en vesentlig ulempe for arbeidsgiver.

Nemnda finner likevel at arbeidstaker ikke kan oppnå fortrinnsrett til samtlige av butikkens nyansettelser, uten at dette samlet sett vil medføre en vesentlig ulempe for arbeidsgivers behov for et minimum antall ansatte til driften, samt fleksibilitet til å kunne dekke opp ferier og uventet fravær. Etter nemndas syn har arbeidsgiver i tilstrekkelig grad dokumentert at det ville være en vesentlig ulempe å utvide As stilling, framfor nyansettelser våren og sommeren 2016, da flere deltidsansatte sluttet i forkant av ferieavviklingen.

Etter en helhetsvurdering finner nemnda imidlertid at ansettelsen av en ny deltidsmedarbeider 20. oktober 2016 var i strid med As fortrinnsrett. Det framgår av butikkens vaktlister at stillingen har et begrenset antall vakter pr. uke, og nemnda legges særlig vekt på at arbeidstaker ved flere anledninger kommuniserte til arbeidsgiver at hun var fleksibel mht. arbeidstidspunkter.

Når det gjelder fordeling av timer og vakter blant butikkens ansatte, så har nemnda, i tidligere vedtak, slått fast at fortrinnsretten etter 14-3 ikke gjelder. Det vises bl.a. til vedtak 04/15 og 14/16. Slike vakter anses etter nemndas praksis verken som en «utvidet stilling» eller som en «ny ansettelse» i § 14-3s forstand. Videre vises det til at arbeidsmiljøloven ikke gir noen veiledning om hvordan man skal prioritere mellom flere ansatte når det gjelder tildeling av vakter. Det må i utgangspunktet tilligge arbeidsgiver å foreta denne prioriteringen. Arbeidstaker gis derfor ikke medhold i sitt krav om fortrinnsrett til disse vaktene.

Da nemnda finner at arbeidsgiver har dokumentert vesentlig ulempe ved å utvide arbeidstakers stilling under ansettelsene vår og sommer 2016, er det ikke nødvendig for nemnda å ta stilling til hvorvidt arbeidstakeren som hadde et skoleår i utlandet, var å regne som nyansatt eller ikke.

Når det gjelder ansettelsen av midlertidige julehjelpere framgår det av butikkens vaktlister at disse ikke er oppført med vakter etter 6. januar 2017. Slik saken er opplyst kan ikke nemnda se at As krav om tildeling av vakter i julen fortsatt har den nødvendige aktualitet.

Konklusjon

Ansettelse av en deltidsansatt 20. oktober 2016 var i strid med As fortrinnsrett etter arbeidsmiljøloven § 14-3.

Tvisteløsningsnemnda

Anne Marie Due
leder

Oslo, 17.01.2017

Til orientering:

Tvister som nevnt i §§ 10-13, 12-14, 14-3 og 14-4a kan bringes inn for domstolene etter at tvisteløsningsnemndas avgjørelse foreligger, jf. arbeidsmiljøloven § 17-2 (2). 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 regnet fra det tidspunkt tvisteløsningsnemndas avgjørelse foreligger, jf. arbeidsmiljøloven § 17-2 (3).