



Tvisteløsningsnemnda

Vedtaksdato
19.12.2023

Vår referanse
2023/201

Saksbehandler
Anniken Sætran Hansen

VEDTAK NR 141/23 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Sakens tema

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

Vedtak

A hadde ikke fortrinnsrett etter arbeidsmiljøloven § 14-3.

Nemndas sammensetning

Steffen Rogstad, nestleder

Silje Hassellund Solberg, LO, fast medlem arbeidstakersiden

Silje Stadheim Almestrand, NHO, fast medlem arbeidsgiversiden

Sakens bakgrunn

A er fast ansatt som butikkmedarbeider i stilling på 80 prosent i B for tiden ved avdeling C. Hun har vært ansatt i virksomheten siden 1996. Fra 9. oktober 2023 og seks måneder frem i tid, har hun en midlertidig stilling på 100 prosent.

A har i flere år ytret ønske om fortrinnsrett til 100 prosent stilling og ekstravakter etter arbeidsmiljøloven § 14-3 og hovedtariffavtalen § 15.2.

På bakgrunn av krav om fortrinnsrett har A hatt flere møter med daglig leder og tillitsvalgt, blant annet 24. juni 2022 og 15. desember 2022. Ifølge A har det den siste tiden blitt ansatt flere som blir betegnet som ekstrahjelper, men som står med faste vakter i arbeidsplanen. Dette er stillinger som ikke har blitt lyst ut.

Sakens dokumenter

A sendte saken til nemnda den 22. september 2023.

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

A har sendt følgende til nemnda:

- brev av 22. september 2023
- brev av 29. september 2023
- brev av 31. oktober 2023
- brev av 2. november 2023
- brev av 15. november 2023

B har sendt følgende til nemnda:

- brev av 19. oktober 2023
- brev av 12. november 2023
- brev av 23. november 2023

Arbeidsgivers syn på saken

B hevder at A ikke kan få medhold i sitt krav fordi det ikke er foretatt nye ansettelser. B viser til at A ikke har spesifisert hvilken utvidelse av stillinger og/ eller ekstravakter hun mener å ha fortrinnsrett til, og arbeidsgiver har derfor ikke gitt henne skriftlig avslag.

B opplyser at det ikke har vært utlyst noen faste deltidsstillinger i 2023. B viser til ansattliste per 12. november 2023, hvor ekstrahjelpene ikke står oppført med et fast antall timer per uke. I løpet av 2023 har de tilsatt fire nye ekstrahjelper. To av disse begynte og sluttet i september, hvor den ene jobbet i 17 dager og den andre i tre dager. På bakgrunn av at de nytilsatte sluttet, ble det ansatt enda to nye ekstrahjelper fra henholdsvis 16. oktober 2023 og 24. oktober 2023. Ansettelsene i september ble drøftet med representanter for de ansatte. B opplyser om at ekstrahjelpene blir brukt for avhjelpe under høysesong og ved fravær ved sykdom, samt at noen av ekstrahjelpene har gått inn i midlertidige kontrakter som vikarer for å dekke opp fravær ved sykemeldinger.

B opplyser at de er avhengig av at det til enhver tid er nok ansatte for at butikken skal kunne holde åpent, og at det av sikkerhetsmessige årsaker er to ansatte på jobb når butikken

stenger. Arbeidsgiver mener at As forslag om å omrokere på andre ansatte med mindre stillinger eller fordele de ugunstige vaktene på flere, viser at det hun egentlig ønsker er en annen organisering av butikken, og ikke at det dreier seg om en ny stilling eller ekstravakter. Arbeidsgiver understreker at hvordan de velger å sette opp arbeidsplanen er innenfor styringsretten, og at Tvisteløsningsnemnda ikke kan ta stilling til dette.

B viser til at A har fått tilbud om ledige ekstravakter, men at hun krever at det skal være dagvakter. På grunn av butikkens åpningstid er behovet oftest på ettermiddag/ kveld eller lørdager. Arbeidsgiver presiserer at A i 2023 har jobbet mer enn 35 timer i 27 av 36 arbeidede uker når ferien på fire uker er trukket fra. Som følge av dette ville det heller ikke være mulig i mange av ukene å tilby henne flere vakter, fordi det ville ha medført overtid.

Arbeidstakers syn på saken

A hevder at hun har fortrinnsrett til utvidet stilling og til ekstravakter, fordi hun har lengst ansiennitet.

Arbeidstaker opplyser at arbeidsgiver ikke har lyst ut stillinger eller informert om ledige stillinger, slik at det har vært umulig å kreve fortrinnsrett til en konkret stilling. Likevel har det dukket opp nye ansatte. A viser til at arbeidsgiver betegner de nye ansatte som ekstrahjelpere, men at de i realiteten er faste ansatte. I september 2023 dukket det opp to nyansatte på arbeidslisten, og disse fikk tildelt flere av vaktene som A kunne fått. I tillegg kom det enda en ny arbeidstaker i uke 40, som blir betegnet som ekstrahjelp, men vedkommende har blitt satt opp på to faste vakter i uken og er dermed fast ansatt på deltid. Denne ansatte fremgår ikke av arbeidsgivers ansattliste per 12. november 2023. A presiserer at det er flere tilfeller hvor ekstrahjelpere blir deltidsansatte med vakter på kveld/helg uten at det lyses ut eller informeres om.

A er enig i at arbeidsgiver bestemmer hvor mange som skal være på jobb til enhver tid, men hun er ikke enig i fordelingen av vakter som blir gjort mellom deltidsansatte og ekstrahjelpere. Hun har også ønsket flere dagvakter, og har måtte takke nei til noen kveldsvakter og lørdagsvakter fordi hennes familiesituasjon gjør at det er vanskelig å ta flere kvelds- og helgevakter enn det hun allerede gjør.

Lovgrunnlag og hva partene er uenige om

Tvisteløsningsnemnda 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 har krav på ekstravakter og om det er foretatt nye ansettelser etter loven slik at det utløser krav om fortrinnsrett etter bestemmelsen.

Nemndas begrunnelse

Nemnda har gjort disse vurderingene:

Har A krav på fortrinnsrett til ekstravakter?

En samlet nemnd har kommet til at kravet som gjelder fortrinnsrett til ekstravakter må avvises.

Det nemnda har kompetanse til å ta stilling til i denne saken, er rett til fortrinnsrett etter arbeidsmiljøloven § 14-3 første ledd. Tvist om fortrinnsrett til ekstravakter etter § 14-3 andre ledd og etter Hovedtariffavtalen § 15.2 faller utenfor det nemnda har kompetanse til å avgjøre, jf. arbeidsmiljøloven § 17-2. Nemnda vil informere om at deltidsansatte kan ha fortrinnsrett til ekstravakter og lignende i virksomheten fremfor at arbeidsgiver ansetter eller leier inn arbeidstakere til dette arbeidet etter arbeidsmiljøloven § 14-3 andre ledd. En slik tvist må bringes inn for domstolen.

Konklusjon:

Kravet som gjelder fortrinnsrett til ekstravakter avvises.

I den videre vurderingen av om det er foretatt nye ansettelse, har nemnda delt seg i et flertall og et mindretall. Flertallet, medlemmene Rogstad og Stadheim Almestrand, har kommet til at arbeidstaker ikke får medhold i sitt krav. Mindretallet, medlemmet Hassellund Solberg, har kommet til at arbeidstaker får medhold i sitt krav.

Er det foretatt nye ansettelse som gjør at A kunne hatt fortrinnsrett?

Nemndas flertall har kommet til at det ikke er foretatt nye ansettelse i virksomheten.

En samlet nemnd bemerker innledningsvis at om stillingen er utlyst, ikke er avgjørende for om arbeidstaker kan kreve fortrinnsrett, men at arbeidsmiljøloven § 14-3 gjelder fremfor ny ansettelse i virksomheten. Om det er foretatt en ny ansettelse etter loven beror på en konkret vurdering i hvert enkelt tilfelle.

I forarbeidene (prop. 133 L (2021-2022)) punkt 7.1.3 første avsnitt uttaler departementet om fortrinnsretten at:

«Formålet er å styrke eksisterende deltidsansattes posisjon til å få utvidet sin stillingsandel fremfor at økt arbeidskraftbehov i virksomheten dekkes gjennom ekstern rekruttering.»

Det er enighet mellom partene om at arbeidsgiver har tilsatt fire ekstrahjelper i 2023, etter As siste møte med arbeidsgiver 15. desember 2022. Nemnda oppfatter at A mener at de fire ekstrahjelpene i realiteten er ansatt for å dekke faste vakter, og at hun dermed hadde fortrinnsrett framfor disse tilsettingene.

Nemnda har i tidligere vedtak slått fast at tilsetting av ekstrahjelper ikke kan anses som en «ny ansettelse» som utløser fortrinnsrett etter arbeidsmiljøloven § 14-3. Se vedtak 66/13. Dersom en arbeidsgiver ansetter «ringevikarer» til å dekke mer eller mindre faste ekstravakter/enkelttimer, vil det i realiteten kunne innebære en «ny ansettelse i virksomheten».

Spørsmålet er derfor om de fire nye ansatte i realiteten er tilsatt for å dekke faste ekstravakter og dermed anses som en ny ansettelse etter arbeidsmiljøloven § 14-3.

Nemndas flertall har i vurderingen lagt vekt på at de fire ekstrahjelpene som ble ansatt i 2023, ikke er registrert med et fast timeantall i ansattelisten og heller ikke med fast arbeidstid i arbeidsplanen. Flertallet har også lagt vekt på arbeidsgivers opplysning om at ekstrahjelpene blir brukt for å avhjelpe under høysesong og ved fravær og sykdom. A kan derfor ikke få medhold i sitt krav.

Nemndas mindretall har i vurderingen lagt vekt på opplysningen fra arbeidstaker om at det i uke 40, 41 og 42 er satt opp en ny deltidsansatt i faste vakter fredag og lørdag. Det synes derfor som at iallfall en av ekstrahjelpene har gått inn i en midlertidig stilling som ekstrahjelp. Det foreligger ikke tilstrekkelige opplysninger/ dokumentasjon som tilsier at det også gjelder de øvrige tre. Rett til fortrinnsrett kan også utøves ved tilsetning i midlertidige stillinger. Nemndas mindretall legger dermed til grunn at arbeidsgiver har foretatt ansettelse i ledig stilling arbeidstaker etter arbeidsmiljøloven § 14-1 skulle vært informert om. Ved å unnlate å informere om ledige stillinger, har arbeidstaker i praksis ikke fått mulighet til å utøve sin fortrinnsrett til noen konkret stilling.

En samlet nemnd bemerker avslutningsvis at virksomhetens bruk av ekstrahjelper fremstår som lite oversiktlig, og oppfordrer derfor arbeidsgiver til fortløpende å informere de ansatte om eventuelle nye personer på vaktlisten.

Nemndas konklusjon

A hadde ikke fortrinnsrett etter arbeidsmiljøloven § 14-3.

Tvisteløsningsnemnda

Steffen Rogstad
Nestleder

19. desember 2023