

VEDTAK NR 63/10 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Tvisteløsningsnemnda avholdt møte tirsdag 28. september i Arbeidstilsynets lokaler, Torvet 5 i Lillestrøm

Ved behandlingen av saken var tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Henning Harborg, leder
Haakon Skaug, LO
Elisabeth Lea Strøm, NHO

Særskilt oppnevnte medlemmer

Rune Dyrvik, FHL
Vegard Einan, Parat

Saken gjelder

Tvist om fortrinnsrett for deltidsansatte etter arbeidsmiljøloven § 14-3

Arbeidstaker

A

Arbeidsgiver

B

Det ble truffet slikt vedtak:

Saksforhold

A har siden mai 2007 vært fast ansatt i stilling på 60 prosent ved B. Virksomheten driver fiskemottak og tilvirking av fersk fisk, samt produksjon av klippfisk basert på fersk og frossen fisk. A er etter arbeidsavtalen ansatt som produksjonsarbeider på saltfisk/klippfisk.

I samtale med driftsansvarlig hos arbeidsgiver den 7. mai 2010, fikk A opplyst at virksomheten ønsket å ansette nye arbeidstakere. I et brev til arbeidsgiver datert 9. mai 2010, fremmet hun krav om fortrinnsrett til 100 prosent stilling, med henvisning til arbeidsmiljøloven § 14-3.

As krav ble avslått av arbeidsgiver i brev datert 18. mai 2010. Avslaget var begrunnet med at man ville prøve en ny arbeidstaker, primært for behandling av fersk fisk. Det anføres at A ikke er kvalifisert til de oppgavene bedriften ønsket dekket med den nye ansettelsen.

Den omtvistede stillingen er besatt av en ekstern søker, som har avtale om tre måneders prøvetid fra 1. juni 2010.

Saken ble brakt inn for tvisteløsningsnemnda ved brev av 11. juni 2010. Overfor nemnda har begge parter fått anledning til å komme med utfyllende merknader i saken.

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra Parat på vegne av arbeidstaker:

- brev av 11. juni 2010
- brev av 19. august 2010
- brev av 10. september 2010

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev av 21. juni 2010
- brev av 16. august 2010
- brev av 6. september 2010

Arbeidstakers anførsler

Parat, på vegne av arbeidstaker, anfører i det vesentligste:

Arbeidstaker har vært fast ansatt hos B i 60 prosent stilling siden mai 2007. Hun har også blitt tilkalt ved behov. Hun har i en periode også fungert i stilling på 100 prosent grunnet langtidssykemelding hos en annen ansatt.

Hun har tidligere jobbet med de arbeidsoppgaver den nyansatte er tiltenkt. Det vises i denne sammenheng til betingelsene for fortrinnsrett til utvidet stilling. Deltidsansatte må være kvalifisert for stillingen. Det følger av forarbeidene at "kvalifisert for" skal forstås på samme måte som tilsvarende begrep i aml. § 14-2 første ledd. Det skal tas hensyn til faglige og personlige forutsetninger. Det heter også at "det kreves ikke at kvalifikasjonene ligger på et høyere nivå enn det som anses som gjennomsnittlig for stillingen".

For den alminnelige fortrinnsretten, jf. aml. § 14-2, fremgår det av forarbeidene at et krav om skikkethet ikke innebærer mer enn at arbeidstakeren ”må ha de ferdigheter som normalt forutsettes for det aktuelle arbeid”. Arbeidsgiver kan ut i fra dette ikke unnlate å ansette den fortrinnsberettigede fordi det er mulig å få ansatt en person med bedre kvalifikasjoner.

På grunnlag av det ovennevnte vil arbeidstaker anføre at hun er kvalifisert for de arbeidsoppgaver som tilligger stillingen den nye ansatte skal utføre samt at en utøvelse av fortrinnsretten ikke vil medføre en vesentlig ulempe for arbeidsgiver.

Arbeidsgivers anførsler

B anfører i det vesentligste:

B er en fiskeforedlingsbedrift. Hovedproduktene er fersk fisk som enten pakkes hel eller fileteres, dette utgjorde i 2009 ca. 65 prosent av omsetningen. Den største andelen av dette kommer fra filetering. Råstofftilgangen til dette er imidlertid svært ujevn, og for å sikre sysselsettingen i perioder med lite fersk fisk produserer bedriften også klippfisk. Klippfiskproduktene er hovedsakelig fileter som produseres av frossent råstoff. I motsetning til ferskfisk, er klippfisk et produkt med forholdsvis lang holdbarhet. Ved å balansere driften mellom disse produksjonene er bedriften i stand til å holde et stabilt antall fast ansatte og slipper å søke ekstra bemanning for kortere tidsrom.

Bedriften trenger derfor først og fremst ansatte som kan veksle mellom å arbeide med ferskfisk og klippfisk. Av hensyn til effektiv drift ønsker bedriften også at flest mulig av de ansatte fungerer i stillinger på 100 prosent. Den ansatte som fremmer krav om fortrinnsrett ville ha fått utvidet sin stilling dersom hun hadde mestret arbeidsoppgavene.

A er ansatt for å pakke klippfisk og andre oppgaver i behandlingen av ferdig saltfisk og klippfisk. Hun fikk likevel sommeren 2008 prøve å arbeide på ferskfiskavdelingen for å se om hun kunne utføre oppgavene der. Det ble klart at hun ikke mestret dette arbeidet, noe hun selv har bekreftet ovenfor driftsansvarlig. Heller ikke i hennes primæroppgaver, pakking av klippfisk og håndtering av saltfisk, møter hun bedriftens minstekrav. Det er hovedsakelig oppgaver i ferskfiskavdelingen bedriften ønsker utført av den nye arbeidstakeren. Fordi A ikke mestrer disse oppgavene, ville utøvelse av fortrinnsretten kunne få alvorlige driftsmessige konsekvenser for bedriften, og dermed innebære en vesentlig ulempe.

Tvisteløsningsnemndas merknader

Tvist mellom arbeidsgiver og arbeidstaker om fortrinnsrett for deltidsansatte kan bringes inn for tvisteløsningsnemnda, jf. arbeidsmiljøloven § 17-2 første ledd og § 14-3 fjerde ledd. Frist for å bringe saken inn for nemnda er fire uker etter at arbeidsgiver avslo krav fra arbeidstaker, jf. forskrift om tvisteløsningsnemnd etter arbeidsmiljøloven § 3 tredje ledd.

Søknaden om fortrinnsrett ble avslått av B ved brev av 18. mai 2010. A brakte tvisten inn for tvisteløsningsnemnda i brev av 11. juni 2010. Saken anses dermed som rettidig innbrakt.

Arbeidsmiljøloven § 14-3 første ledd fastsetter at deltidsansatte har fortrinnsrett til utvidet stilling fremfor at arbeidsgiver foretar ny ansettelse i virksomheten. Tvisteløsningsnemnda er

av den oppfatning at det dreier seg om ny ansettelse i virksomheten. Arbeidsgiver har for øvrig heller ikke anført at dette vilkåret for fortrinnsrett ikke er oppfylt.

Det følger av forarbeidene til bestemmelsen (Innst.O. nr. 100 (2004-2005) pkt. 17.2) at fortrinnsretten til utvidelse etter § 14-3 kun gjelder stillinger med om lag de samme arbeidsoppgaver som den deltidsansatte allerede utfører.

Twisteløsningsnemndas flertall, medlemmene Harborg, Strøm, Skaug og Dyrvik, har kommet til samme resultat, men med ulik begrunnelse.

Medlemmene Harborg, Strøm og Dyrvik finner at arbeidsoppgavene i den nye stillingen, behandling av fersk fisk, avviker fra de arbeidsoppgaver arbeidstaker har etter sin arbeidsavtale der hun er definert som produksjonsarbeider for saltfisk/klippfisk. Den nye stillingen innebærer etter det flertallet forstås bl.a. bruk av maskiner arbeidstaker i dag ikke benytter. Flertallet legger også vekt på at den nye stillingen inneholder enkelte oppgaver arbeidstaker har erkjent at hun ikke mestrer. Nemndas flertall konkluderer derfor med at den nye stillingen ikke har om lag de samme arbeidsoppgavene som A utfører i sin nåværende stilling, og at hun dermed ikke kan gis medhold i sitt krav om fortrinnsrett.

Medlemmet Skaug finner at opplysningene i saken ikke gir grunnlag for å fastslå at det ikke er "om lag de samme arbeidsoppgaver" i de to stillingene. Han legger imidlertid avgjørende vekt på at den nye stillingen inneholder oppgaver av viktighet for produksjonen som arbeidstaker har erkjent at hun ikke mestrer. Skaug er således enig i det resultatet det øvrige flertallet er kommet til.

Nemndas mindretall, medlemmet Einan, har kommet til et annet resultat:

Det fremkommer enighet av medarbeidersamtale i dokument 10, datert 18.6.2010 at den ansatte ikke mestrer pakking av ferskfisk. I stillingsbeskrivelsen, som for øvrig er udatert og kun signert arbeidsgiver, fremkommer det at 2 av de tre hovedoppgavene den nytilsatte er tiltenkt, ikke er utenfor As kvalifikasjonsområde. Det hevdes tvert imot at A har prøvd seg i alle avdelinger, hvor pakking av ferskfisk er den eneste oppgaven begge parter er enige om ikke mestres av den ansatte. Pakking av ferskfisk er definert som den tredje av tre hovedoppgaver. I tillegg nevnes to tilleggsoppgaver som arbeidsgiver ikke hevder den ansatte er ukvalifisert for. Det er derfor mindretallets syn at arbeidsoppgavene i all hovedsak, med ett unntak, de samme som A utfører og er kvalifisert for i dag. Samlet vil hun kunne utføre 4 av de totalt 5 oppgavene arbeidsgiver har definert for den nytilsatte. At arbeidsgiver i sitt brev til Arbeidstilsynet av 16.8., dok.6 nå fremstiller det som at alle oppgavene på ferskfiskavdelingen er utenfor As kvalifikasjonsområde, fremstår i rekken av uheldige hendelser som et ytterligere forsøk på å stille A i en umulig situasjon. Det bemerkes også at arbeidsgiver i det samme brevet har fått verneombud, og en kollega av A til å signere på brevet fra arbeidsgiver til Arbeidstilsynet, på vegne av andre ansatte.

Stillingsbeskrivelsen for både den nytilsatte og A er udatert og ensidig signert av arbeidsgiver, og er i tillegg åpenbart produsert i tiden etter fremsatt krav om fortrinnsrett. Dette fremgår klart i As stillingsbeskrivelse der man henviser til en medarbeidersamtale den 18.6. Dersom dette blir akseptert praksis i tvisteløsningsnemnda, vil det medføre at arbeidsgiver, etter å ha mottatt et krav om fortrinnsrett kan tilpasse stillingsbeskrivelsen for å omgå lovens krav. Dette er ikke i tråd med lovgivers intensjoner. Det fremkommer også at arbeidsgiver har brutt aml. §14-1, noe arbeidsgiver bekrefter. At arbeidsgiver hevder at dette har vært tema på pauserommet, oppfyller ikke arbeidsgivers plikt til å informere de ansatte om ledige stillinger

i virksomheten. En eventuell utlysning ville også kunne brakt på det rene faktiske krav til kvalifikasjoner til den nytilsatte.

Mindretallet mener derfor at arbeidstaker hadde fortrinnsrett til full stilling, etter aml. §14-3.

Konklusjon:

Arbeidstaker gis ikke medhold.

Tvisteløsningsnemnda

Henning Harborg
leder

Lillestrøm, 06.10.2010

Til orientering:

Tvist om fortrinnsrett for deltidsansatte kan bringes inn for domstolene etter at tvisteløsningsnemndas avgjørelse foreligger, jf arbeidsmiljøloven § 17-2 andre 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 regnet fra det tidspunkt tvisteløsningsnemndas avgjørelse foreligger, jf arbeidsmiljøloven § 17-2 tredje ledd.