



Tvisteløsningsnemnda

Vedtaksdato
27. juni 2023

Vår referanse
2023/75

Saksbehandler
Anniken Sætran Hansen

VEDTAK NR 69/23 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 As fortrinnsrett etter arbeidsmiljøloven § 14-3.

Nemndas sammensetning

Anne Marie Due, leder

Vetle Wetlesen Rasmussen, YS, fast medlem arbeidstakersiden

Andreas Dag Nilsen, KS, fast medlem arbeidsgiversiden

Medina Mahic, Handel og kontor, bransjemedlem arbeidstakersiden

Tonje Thue Width, NHO Service og Handel, bransjemedlem arbeidsgiversiden

Sakens bakgrunn

A er fast ansatt som cashier/sales assistant i stilling på 66, 67 prosent (25 timer i uken) i B ved X. Fra 1. juli 2022 til 31. desember 2022 hadde hun en tilleggsavtale hvor hun jobbet i gjennomsnitt 37, 5 timer de ukene hun har helgefri som en del av leap program (praksisarbeid).

Den 14. desember 2022 sendte A inn et generelt krav til arbeidsgiver om at hun ønsket høyere stillingsprosent eller full stilling så fort det ble ledig i virksomheten.

A ble den 28. februar 2023 gjort kjent med at en ansatt med en midlertidig kontrakt på 25 timer i uken, hadde sagt opp stillingen sin. Den samme dagen, sendte A inn et krav til arbeidsgiver om at hun krevde utvidet sin stilling til 100 prosent. Den 1. mars 2023, ble hun gjort kjent med at det hadde blitt ansatt en ekstern i den midlertidige stillingen på 25 timer per uke.

Arbeidsgiver har ikke besvart arbeidstakers krav om fortrinnsrett og heller ikke besvart fagforeningens krav om et drøftingsmøte.

Sakens dokumenter

A sendte saken til nemnda den 28. mars 2023.

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

A har sendt følgende til nemnda:

- brev av 28. mars 2023
- brev av 21. april 2023
- brev av 26. april 2023
- brev av 31. mai 2023

B har sendt følgende til nemnda:

- brev av 16. mai 2023

Arbeidsgivers syn på saken

B gjør gjeldende at A ikke kan få medhold i sitt krav fordi det vil medføre vesentlige ulemper for virksomheten.

Innledningsvis viser arbeidsgiver til at A ikke krever fortrinnsrett til kontrakten på 25 timer i sin helhet, men 50 prosent av den midlertidige kontrakten for å oppnå full stilling. Det vil si 12,5 timer per uke.

Arbeidsgiver viser videre til at de ikke kan slå i sammen deltidsstillinger, da de trenger et visst antall personer for å få arbeidsplanen til å gå opp. Butikken X, har tre avdelinger (kvinner, menn og barn) over fire etasjer og med fire lagre. Det krever derfor at mange ansatte er tilstede samtidig.

Videre viser arbeidsgiver til at arbeidsmiljølovens regler om arbeidstid og hvile og tariffavtalen begrenser hvordan og når arbeidstidsordningen kan endres. Det påvirker arbeidsgivers mulighet til å dele opp stillingen slik A ønsker, og til å tilby deltidsansatte ekstravakter samme dag som de allerede arbeider i henhold til arbeidstidsordningene.

Avslutningsvis benekter arbeidsgiver at stillinger aldri lyses ut internt. Rutinen er at det informeres om det via oppslagstavle i butikkene, på internettet og på eksterne nettsider.

Arbeidstakers syn på saken

A gjør gjeldende at den midlertidige stillingen aldri ble lyst ut verken internt eller eksternt. Den 1. mars 2023, dagen etter at arbeidstakeren hadde sluttet i sin stilling, fikk hun vite at det allerede var ansatt en ekstern. Den eksterne begynte i jobben den 13. mars 2023 og det var A fikk ansvar for opplæringen. Hun fikk vite at vedkommende aldri har jobbet i butikk eller i selskapet, og at vedkommende fikk stillingen via familien som kjenner daglig leder i selskapet.

Videre hevder arbeidstaker at hun har fortrinnsrett til stillingen fordi det ikke vil medføre vesentlige ulemper for virksomheten å innvilge kravet.

Arbeidstaker viser til at alle ansatte har den samme kontrakten som «sales assistant/ cashier, som betyr at de kan jobbe i hvilken som helst avdeling. De som jobber som cashier (åpner og stenger), jobber fra kl. 09.30-20.30/ 09.00 til 21.00 mandag til fredag. De som jobber som sales assistant, jobber fra kl. 07.00 til kl. 20.30 mandag til fredag, og fra kl. 09.00 til kl. 19.30 lørdag.

Videre viser arbeidstaker til at virksomheten benytter seg av kontrakter om praksisarbeid (leap) med 37,5 timer per uke for en periode på seks til 12 måneder. Disse kontraktene blir ofte gitt til ansatte uten fortrinnsrett.

Arbeidstaker opplyser at det er over 200 ekstratimer i uken i lavsesong og over 500 ekstratimer i høysesong, som fordeles på alle ansatte. På grunn av de ekstra timene, vil de ofte jobbe 37,5 timer i uken. Kontrakter med høyere timeantall blir gitt til de som ikke har fortrinnsrett. De ansatte får arbeidsplan fire uker i forveien.

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 utøvelse av fortrinnsretten innebærer en vesentlig ulempe for virksomheten.

Nemndas begrunnelse

Innledningsvis viser nemnda til at arbeidsgiver ikke har besvart arbeidstakers krav. Det er i utgangspunktet ingen frist for når arbeidsgiver må behandle krav etter § 14-3. Dersom arbeidsgiver velger å gi stillingen til en annen arbeidstaker, betyr imidlertid det at arbeidsgiver har tatt et valg. At arbeidsgiver har valgt å ikke svare på kravet, kan ikke være til hinder for at sak fremmes for Tvisteløsningsnemnda. Nemnda bemerker at arbeidsgiver heller ikke har kommentert dette. Nemnda legger dermed til grunn at kravet ble avslått og tar saken til behandling.

Ut ifra sakens opplysninger, forstår nemnda det slik at den eksterne ble ansatt i en midlertidig stilling som vikar for en ansatt i permisjon. Et spørsmål er om bestemmelsen gjelder for de tilfeller hvor arbeidsgiver ansetter noen i en midlertidig stilling etter § 14-9. I lovkommentarene til § 14-3 første ledd står det følgende:

Dette spørsmålet er ikke berørt i forarbeidene. Lovteksten sonderer imidlertid ikke mellom «ny ansettelse» i fast eller midlertidig stilling. Ut fra lovens ordlyd er det naturlig å legge til grunn at fortrinnsrett kan utøves også ved tilsetning i midlertidige stillinger.

Det er ikke anført av partene at det ikke dreier seg om en ny ansettelse etter § 14-3. Arbeidsgiver nevner selv at A ønsker å kreve fortrinnsrett til timer som ble ledige da en kollega sa opp sin stilling. Nemnda legger dermed til grunn at det dreier seg om en ny ansettelse.

Nemnda legger til grunn at stillingene har om lag de samme oppgaver og at A er kvalifisert for den midlertidige stillingen, da ingen har partene har bestridt dette.

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

Nemnda har kommet til at det ikke ville innebære vesentlige ulemper for virksomheten om A fikk fortrinnsrett.

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.

A er fast ansatt i en stilling på 66,67 prosent (25 timer i uken) og har fremsatt krav om fortrinnsrett slik at hun vil få en stillingsprosent på 100. Det innebærer at virksomheten står igjen med en stilling på 33,33 prosent (12,5 timer).

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.

Det avgjørende for nemnda er om utøvelse av fortrinnsretten vil medføre en vesentlig ulempe for virksomheten.

Nemnda har kommet til at ulempene ved å gi A fortrinnsrett til 33,33 prosent av stillingen på 66,67 prosent ikke innebærer en vesentlig ulempe i denne saken. Ved å utvide As stilling ville arbeidsgiver sitte igjen med en full stilling og en stilling på 33,33 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 ikke fremlagt opplysninger som dokumenterer vesentlig ulempe annet enn å vise til at de trenger et visst antall personer til stede samtidig for å få arbeidsplanen til å gå opp. Nemnda kan ikke se at arbeidsplanen ikke går opp dersom en arbeidstaker fikk full stilling, da de har flere ansatte med ulike stillingsprosenten å bruke.

Nemnda bemerker også at det er uheldig at arbeidsgiver ikke har drøftet spørsmålet med arbeidstakeren slik arbeidsmiljøloven § 14-3 fjerde ledd krever.

Nemndas konklusjon

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

Tvisteløsningsnemnda

Anne Marie Due
Leder

27. juni 2023

Hva kan dere gjøre hvis dere er uenige i avgjørelsen?

Dere kan ikke klage på nemndas vedtak, men saken kan behandles på nytt av domstolene. Saken må bringes inn for tingretten før det har gått åtte uker fra dere fikk vedtaket. Fristen starter når dere, eller den som representerer dere, får tilgang til vedtaket.

Avgjørelsen til nemnda gjelder mens saken er til behandling i domstolene, hvis ikke retten bestemmer noe annet.

Hva skjer når fristen har gått ut?

Hvis ingen har brakt saken inn for tingretten før det har gått åtte uker, gjelder vedtaket som om det var en dom. Avgjørelsen til nemnda er da bindende og endelig.

Dette står i arbeidsmiljøloven § 17-2.