

VEDTAK NR 02/16 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Tvisteløsningsnemnda avholdt møte tirsdag 15. desember 2015.

Ved behandlingen av saken var tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Anne Marie Due (vara for Henning Harborg), leder
Lornts Nagelhus (vara for Silje Hassellund Solberg), LO
Per Engeland, Virke (settemedlem for Elisabeth Lea Strøm, NHO)

Særskilt oppnevnte medlemmer

Laust Poulsen, SAMFO
Erling Hagen, HK

Saken gjelder

Tvist om fortrinnsrett for deltidsansatte etter arbeidsmiljøloven § 14-3

Arbeidstaker

A

Arbeidsgiver

B

Det ble truffet slikt vedtak:

Saksforhold

A er fast ansatt som butikkmedarbeider i en stilling på 60 prosent ved B, heretter benevnt B. Butikken har åpningstider fra kl. 8-21 (hverdager) og 8-18 (lørdag), i tillegg til utvidede åpningstider om sommeren. Hun har vært ansatt i virksomheten siden 2009, og krevde fortrinnsrett første gang i 2010, da hun hadde en 30 prosent stilling. Hun fikk senere utvidet sin stilling til 60 prosent.

I perioden 2010 til 2013 har A flere ganger krevd å få utvidet sin stillingsprosent, og gjort arbeidsgiver oppmerksom på fortrinnsrett til stillinger hvor det ble ansatt nye arbeidstakere.

I august 2015 ble det utlyst eksternt en stilling på 1-2 vakter i uken samt annenhver helg. A søkte på denne stillingen, og fikk muntlig avslag i det søknaden ble levert. Det ble ansatt to eksterne søkere i hver sin stilling på 25 prosent.

Saken ble brakt inn for tvisteløsningsnemnda ved brev av 2. september 2015.

Den 20. oktober 2015 ble det igjen utlyst en deltidsstilling på 1-2 dager samt annenhver helg. A søkte på denne 21. oktober og fikk avslag 22. oktober 2015 med begrunnelsen at bedriften hadde behov for flere personer for å bemanne 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 2. september 2015
- brev av 5. oktober 2015
- brev av 7. oktober 2015
- brev av 9. november 2015

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev av 15. oktober 2015
- e-post av 2. desember 2015

Arbeidstakers anførsler

På vegne av A anfører Handel og Kontor i Norge i det vesentligste:

As fortrinnsrett ble brutt ved de tidligere ansettelsene som ble foretatt i perioden 2010-2013. Videre anføres at hun har fortrinnsrett på ledige timer og økning av sin stillingsprosent på grunnlag av hennes ansiennitet i virksomheten. Hun har søkt på både de store og små stillingene som har vært utlyst. Hun har søkt på den utlyste stillingen på 1-2 vakter i uken samt annenhver helg, og krever den i tillegg til sin egen stilling.

Arbeidsgivers anførsler

På vegne av B anfører NHO Handel i det vesentligste:

De enkelte påståtte brudd på fortrinnsretten som skal ha skjedd i 2010-2013 bør ikke legges til grunn, da disse er foreldet, og det har vært bytte av eier. Videre hevdes det at A ikke kan kreve fortrinnsrett til de to stillingene på 25 prosent hvor det ble foretatt nyansettelser i september 2015. Dette vil medføre en vesentlig ulempe for virksomheten, da den har behov for flere arbeidstakere for å dekke opp helgearbeid og arbeid på kveld. Arbeidsgiver har også behov for flere arbeidstakere å fordele arbeidet på ved sykdom og/eller ferieavvikling. For å sikre en forsvarlig drift av virksomheten er det mest hensiktsmessig med flere mindre stillinger på en liten arbeidsplass. Dette gjør at virksomheten er langt mindre sårbar ved sykefravær og lignende. Videre vises det til at A har hatt et usedvanlig stort sykefravær og at det umuliggjør en økning av hennes stillingsprosent.

Tvisteløsningsnemndas merknader

NHOs oppnevnte medlem, Elisabeth Lea Strøm, fratrådte behandlingen av saken fordi arbeidsgiver representeres av en kollega av Strøm i NHO. Som følge av dette utpekte nemnda Per Engeland, advokat i Virke, som settemedlem i nemnda.

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

Slik nemnda forstår arbeidstaker, ønsker hun at nemnda skal ta stilling til hvorvidt hun hadde fortrinnsrett til ansettelsene foretatt i perioden 2010 til 2013, samt ansettelsene foretatt i august og september 2015. Nemnda finner imidlertid at fristen for å bringe tvisten inn for nemnda er oversittet både hva gjelder ansettelsene foretatt i perioden 2010 til 2013 samt ansettelsene foretatt i august 2015. Arbeidstaker mottok avslag på kravet vedrørende sistnevnte ansettelser 3. august 2015, og fristen for nemnda utløp dermed senest 31. august 2015. Tvisten ble imidlertid brakt inn for nemnda først ved brev av 2. september 2015. Disse sakene må dermed avvises som for sent fremsatt.

Nemnda vil derfor i det følgende kun ta stilling til ansettelsen foretatt i oktober 2015.

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 stillingen siden de 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.

Arbeidsgiver har anført at det å gi A fortrinnsrett til stillingene, vil medføre en vesentlig ulempe for virksomheten, da virksomheten trenger flere ansatte for å bemanne butikken. I tillegg til butikksjefen og de to nye ansatte i 25 prosent, er det to andre heltidsansatte, hvorav en av dem er sykemeldt og skal over i foreldrepermisjon.

Nemndas flertall, medlemmene Due, Nagelhus og Hagen, har etter en konkret helhetsvurdering kommet frem til at det ikke er tilstrekkelig godtgjort fra arbeidsgivers side at utvidelse av As stilling vil medføre vesentlig ulempe for virksomheten. Kravet til vesentlig ulempe innebærer at det ikke er tilstrekkelig å sannsynliggjøre en generell ulempe. Arbeidsgiver har kun kommet med generelle anførsler om at det vil bli vanskelig å ha tilstrekkelig bemanning ved virksomheten til forskjellige tider og ved fravær. Flertallet finner ikke at arbeidsgiver ved denne generelle anførselen er sannsynliggjort en konkret vesentlig ulempe for virksomheten, som er tilstrekkelig til å avskjære arbeidstakers krav.

Nemndas mindretall, medlemmene Engeland og Paulsen, er etter en konkret helhetsvurdering kommet til at det vil medføre en vesentlig ulempe for virksomheten å utvide As stilling. I lovens forarbeider vises til at det kan *”være nødvendig for virksomheten å ansette flere personer, for eksempel for å få tilstrekkelig antall arbeidstakere til å dekke opp helgearbeid for å unngå å komme i konflikt med lovens regler om ukentlig hvile”*, og det anerkjennes at et økt antall heltidsstillinger i et slikt tilfelle kan utgjøre en vesentlig ulempe. Nemndas mindretall legger til grunn arbeidsgivers anførsler om at virksomheten har behov for tilstrekkelig bemanning for å dekke opp helgearbeid, kveldsarbeid, ved sykdom og ferieavvikling. Nemndas mindretall er etter dette kommet frem til at det vil medføre vesentlig ulempe for arbeidsgiver å utvide As stilling.

Konklusjon

Krav på fortrinnsrett til tidligere ansettelser avvises.

Ansettelse av en annen søker i oktober 2015 var i strid med As fortrinnsrett etter arbeidsmiljøloven § 14-3.

Tvisteløsningsnemnda

Anne Marie Due
leder

Oslo, 07.01.2016

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).