



Tvisteløsningsnemnda

Vedtaksdato
06.09.2023

Vår referanse
2023/89

Saksbehandler
Mona Ekelund

VEDTAK NR 84/23 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 A sin fortrinnsrett etter arbeidsmiljøloven § 14-3.

Nemndas sammensetning

Anne Marie Due, leder

Ingrid Tordis Enoksen, UNIO, fast medlem arbeidstakersiden

Silje Stadheim Almestrand, NHO, fast medlem arbeidsgiversiden

Medina Mahic, Handel og kontor, bransjemedlem arbeidstakersiden

Tonje Thue Width, NHO handel og Service, bransjemedlem arbeidsgiversiden

Sakens bakgrunn

A er fast ansatt som butikkmedarbeider i B, med arbeidssted C.

Den 8. mars 2023 utlyste C to stillinger som butikkmedarbeider på 20-40 og 80-100 prosent.

Den 13. mars 2023 viste A til utlysningen og krevde 100 prosent stilling.

B avslo kravet i brev av 10. april 2023 og begrunnet avslaget med at det ville innebære vesentlig ulempe for virksomheten å gi A fortrinnsrett.

Butikken gjorde følgende endringer/tilsetninger:

- ny tilsetting - ekstern søker - 100 prosent stilling
- økt stilling - A - 8 prosent – fra 84 til 92 prosent
- økt stilling - ansatt - 7,3 prosent
- økt stilling - ansatt - 8 prosent
- redusert stilling – ansatt- beholdt 10 prosent av oppsagt stilling (lørdagsvakt).

Sakens dokumenter

A brakte saken inn til nemnda 28. april 2023.

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

A har sendt disse brevene til nemnda:

- brev av 28. april 2023
- brev av 5. juni 2023

B har sendt disse brevene til nemnda:

- brev av 23. mai 2023
- brev av 14. juni 2023

Arbeidsgivers syn på saken

B gjør gjeldende at A ikke kan få medhold i sitt krav fordi hun bare er delvis kvalifisert, og stillingen bare delvis kan anses som en utvidelse av hennes nåværende stilling. Det ville dessuten innebære vesentlige ulemper for virksomheten å gi henne fortrinnsrett.

Delvis kvalifisert

Et mål ved utlysningen var å få inn ny og høyere kompetanse og få tak i noen som kunne ha avdelingsansvar. Det var derfor viktig å tilby 100 prosent stilling. Den nyansatte er den eneste som har fagbrev i salgsfaget og han har også erfaring med totalansvar for vareavdelinger. A har ikke tatt fagbrev i salgsfaget, selv om arbeidsgiver høsten 2021 la til rette for og betalte for forberedende kurs.

Bare delvis samme oppgaver

Stillingen innebærer avdelingsansvar og oppgaver som A ikke har i sin stilling. Dette omfatter å hente ut rapporter, sammenlikne salgstall og se på utviklingen i butikk/avdeling.

Vesentlig ulempe

Dersom A innvilges fortrinnsrett vil det medføre at en ikke får dekket bemanningsbehovet på lørdager uten å bruke for mye ekstrahjelp. På lørdagene er det 5 på jobb og alle faste ansatte jobber annenhver lørdag, så når to sluttet trengte de to inn.

Stillingsprosentene som ble frigjort var 60 + 94 prosent, men dersom disse ble fylt ville butikken til tider være overbemannet. Dette ville gi unødvendige kostnader og redusert effektivitet og motivasjon.

Når 100 prosent stillingen ble besatt var det bare mulig å gi litt flere timer til A og to andre ansatte, i tillegg til at den ene som sa opp beholder lørdagsvaktene sine.

Arbeidstakers syn på saken

A gjør gjeldende at hun har fortrinnsrett til 100 prosent stilling fordi hun er kvalifisert i henhold til de krav som ble stilt i utlysningen. Det kan ikke være i samsvar med arbeidsmiljøloven og tariffavtalen å endre kriteriene etter krav om fortrinnsrett og nytilsetting.

A opplyser også at hen har fått teoretisk del av fagbrev godkjent og planlegger å melde seg opp til praktisk prøve i løpet av kort tid.

Tvisten

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 arbeidstaker er kvalifisert, om stillingen innebærer om lag samme oppgaver og om det ville innebære vesentlig ulempe for virksomheten å innfri kravet.

Nemnda viser innledningsvis til lovens ordlyd og bemerker at A ikke kan ha fortrinnsrett til ledige stillingsprosenter som arbeidsgiver ikke har foretatt, eller skal foreta, ansettelser i.

Videre tolker nemnda arbeidstakers opplysninger slik at hun ikke krever fortrinnsrett til stillingsprosentene som er gitt til de andre deltidsansatte. Under enhver omstendighet vil ikke nemnda kunne bestemme hvem arbeidsgiver skal velge når det er flere som har fortrinnsrett. Loven gir ingen regler om dette og det er fast praksis i nemnda at dette er opp til arbeidsgiver.

Etter dette tar nemnda utgangspunkt i at A har krevd fortrinnsrett til hele stillingen på 100 prosent.

Nemndas begrunnelse

Nemnda har enstemmig kommet til at arbeidstaker får medhold i sitt krav. Nemnda har gjort disse vurderingene:

Er stillingen en utvidelse av A sin faste stilling?

Nemnda har kommet til at stillingen er en utvidelse av A sin faste stilling.

Det går fram av lovens ordlyd at fortrinnsretten gjelder «utvidet stilling». For at det skal være en utvidet stilling må stillingen ha «om lag samme arbeidsoppgaver» som den deltidsansatte allerede utfører i sin faste stilling. Dette står i forarbeidene til arbeidsmiljøloven § 14-3 (Innst. O. nr. 100 for 2004-2005 pkt. 17.2) og er fast praksis i nemnda.

Nemnda har kommet til at stillingene har om lag samme arbeidsoppgaver. Nemnda har lagt avgjørende vekt på utlysningsteksten. Det søkes der etter butikkmedarbeidere uten nærmere beskrivelser av arbeidsoppgaver, og det er enighet om at A er ansatt som butikkmedarbeider. Etter nemndas oppfatning kan ikke As fortrinnsrett avskjæres ved at arbeidsgiver tilpasser oppgavene i stillingen etter hvem som søker fordi vedkommende har en mer attraktiv kompetanse.

Er A kvalifisert for 100 prosent stillingen?

Nemnda har kommet til at A er kvalifisert.

Det står i lovens forarbeider (Ot. Prp. Nr. 49 (2004-2005) pkt. 17.2.6) at man skal ta hensyn til både faglige og personlige forutsetninger når man vurderer om en arbeidstaker er kvalifisert for en stilling.

B anfører at A bare delvis oppfyller kvalifikasjonskravene for stillingen. De viser til at hun ikke har like høy kompetanse som den som ble tilsatt, fordi hun mangler fagbrev i salgsfaget og erfaring med totalansvar for vareavdelinger.

Nemnda viser til at det er kvalifikasjonene til den utlyste stillingen som skal vurderes. Det fremgår ikke av stillingsutlysningen at heltidsstillingen stiller andre kompetansekrav enn stillingen A har i dag. Nemnda viser til at det søkes etter butikkmedarbeider og at arbeidsgivers hovedargument er at den som ble tilsatt hadde en høyere kompetanse og var bedre kvalifisert. Nemnda understreker at det ikke et vilkår for å få fortrinnsrett at man er best kvalifisert. Det kreves etter forarbeidene (Ot prp. nr. 41 (1975-76) s 79) ikke at kvalifikasjonene ligger på et høyere nivå enn det som må anses som gjennomsnittlig for stillingen. Arbeidsgiver kan derfor ikke unnlate å ansette den fortrinnsberettigede fordi det er mulig å få ansatt en person med bedre kvalifikasjoner. Dette har nemnda slått fast i sin praksis, se bla vedtakene 10/11, 13/10, 26/09 og 20/07. At arbeidsgiver har et generelt ønske om å heve kompetansenivået i virksomheten og at den som ble tilsatt hadde fagbrev i salgsfaget og erfaring med avdelingsansvar, og får dette i stillingen, kan etter nemndas oppfatning derfor ikke ha den virkning at A ikke er å anse som kvalifisert for stillingsutvidelse når dette ønsket ikke går fram av kvalifikasjonskravene i stillingsutlysningen.

Nemnda ser også grunn til å understreke at arbeidsmiljøloven § 14-3 griper inn i arbeidsgivers anledning til fritt å ansette den de ønsker. Arbeidsgiver må også regne med noe opplæring i forbindelse med tildeling av fortrinnsrett. I tillegg har A opplyst at hun allerede har fått godkjent teoridelen av fagprøven og planlegger gjennomføringen av den praktiske delen. Nemnda kan derfor ikke se at A sitt manglende fagbrev og erfaring med avdelingsansvar kan ha som konsekvens at hun ikke skulle ha fortrinnsrett til den utlyste stillingen.

Vilkåret om at arbeidstaker må være kvalifisert for stillingen er oppfylt.

Ville fortrinnsrett for A innebære vesentlige ulemper for B?

Nemnda har kommet til at det ikke ville innebære vesentlige ulemper for B 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 fortrinnsretten vil innebære vesentlige ulemper.

Nemnda har lagt vekt på at antallet ansatte og utfordringen med å dekke lørdagsvaktene ville være de samme om A fikk 100 prosent stilling og den nyansatte 92 prosent. Nemnda kan heller ikke se at en slik løsning ville få betydning for lønnskostnadene på en slik måte at det skal tillegges vekt i arbeidsgivers favør i ulempevurderingen. Nemnda viser også til utlysningsteksten der det går fram at stillingsprosenten som ønskes besatt er 80-100 prosent.

At virksomheten ønsket å redusere det totale antallet timer/stillingsprosent, ser ikke nemnda som relevant i denne sammenheng. Nemnda viser til at ulempevurderingen bare er knyttet til stillingsprosentene som det faktisk er tilsatt noen i.

Etter nemndas forståelse er det mest sentrale i arbeidsgivers argumentasjon for å ansette den andre søkeren, at vedkommende er bedre kvalifisert. Etter nemndas praksis kan ikke fortrinnsrett avskjæres med den begrunnelse at en annen søker er bedre kvalifisert eller har en mer attraktiv kompetanse. Denne virkningen kan derfor i seg selv ikke utgjøre en «vesentlig ulempe» i lovens forstand. Tvert imot er det nettopp i slike tilfeller at fortrinnsretten skal sikre den deltidsansatte utvidet stilling.

Utøvelse av fortrinnsretten vil ikke innebære en vesentlig ulempe for virksomheten og A hadde derfor fortrinnsrett til stillingen som butikkmedarbeider.

Nemndas konklusjon

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

Tvisteløsningsnemnda

Anne Marie Due
Leder

6. september 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 sendes til 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.