



Vedtaksdato
16. desember 2022

Vår referanse
2022/124

Saksbehandler
Mona Ekelund

VEDTAK NR 128/22 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Tvisteløsningsnemnda avholdt møte torsdag 15. desember 2022.

Ved behandlingen av saken var Tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Anne Marie Due, leder
Silje Hassellund Solberg, LO
Marte Solberg, Virke

Særskilt oppnevnte medlemmer

Laust K. Poulsen, NHO Service og Handel
Bjørn Bringeland, Handel og kontor

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 Sales Assistant i stilling på 40 prosent hos B, i gullsmedbutikken i X. I perioden 1. mars 2021 – 31. januar 2022 hadde A midlertidig stilling på 100 prosent samme sted.

I e-post den 20. juli 2022 krevde A fortrinnsrett etter arbeidsmiljøloven § 14-3 etter å ha fått informasjon om at butikken skulle tilby sommervikarer fast stilling og/eller ansette nye medarbeidere i deltidstillinger.

En ansatt i en 40 prosent stilling sa opp med virkning fra 1. august 2022 og en sommervikar fikk stillingen.

I e-post den 12. september 2022 avslo arbeidsgiver kravet og viste til at det ville medføre vesentlig ulempe å gi A fortrinnsrett.

A sendte saken til Tvisteløsningsnemnda 13. september 2022 i forbindelse med tvist etter arbeidsmiljøloven § 14-4 a. Nemnda har behandlet sakene hver for seg, og viser til vedtak 129/22 for tvisten om rett til stilling tilsvarende faktisk arbeidstid.

Begge parter har fått anledning til å komme med utfyllende merknader i saken.

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidstaker:

- brev datert 2. august 2022
- brev datert 13. september 2022
- brev datert 11. oktober 2022
- brev datert 7. november 2022

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev datert 30. august 2022
- brev datert 31. august 2022
- brev datert 29. september 2022

Arbeidstakers anførsler

A anfører i det vesentligste at hun hadde fortrinnsrett til stillingen på 40 prosent.

A viser til at arbeidsgivers begrunnelse om behov for flere ansatte ikke kan stemme, ettersom de har unnlatt å ansette noen i lederstillingen på 100 prosent som har vært ledig siden 1. mai 2022.

A viser også til at det ikke kan anses som en vesentlig ulempe at hun ikke kunne tre inn i stillingen fordi hun samtidig var i 100 prosent midlertidig stilling.

A mener at grunnbemanningen er for lav og viser til at hun har hatt flere midlertidige avtaler på 100 prosent stilling de siste to årene. Hun anfører at behovet for hennes arbeidskraft ikke skyldes fravær på grunn av sykdom og ferie slik arbeidsgiver hevder, og viser til at hun blant annet har arbeidet fulle uker i juli og august 2022.

Arbeidsgivers anførsler

B anfører i det vesentligste at det ville medført vesentlig ulempe for virksomheten å gi A fortrinnsrett til den ledige stillingen.

B viser til at behovet for å dekke de ledige vaktene ikke ville blitt løst, ettersom stillingen kravet gjelder har overlappende arbeidstid med As faste stilling. Butikkens rutiner for håndtering av smykker setter begrensninger for hvor mange kunder som kan betjenes samtidig, og det er derfor behov for å ha flere ansatte på jobb i de samme tidsrommene for å betjene kundestrømmen.

Siden avdelingen ble samorganisert med en annen avdeling, har de vært overbemannet med én leder. Av den grunn erstattet ikke arbeidsgiver lederen som fratrådte 30. april 2022.

Årsaken til at A har hatt midlertidige stillingsutvidelser er sykdom, permisjoner og ferieavvikling, ikke at det er ledige stillinger å besette.

Tvistløsningsnemndas merknader

Tvist mellom arbeidsgiver og arbeidstaker om fortrinnsrett for deltidsansatte kan bringes inn for Tvisteløsningsnemnda, jf. arbeidsmiljøloven § 17-2 første ledd og § 14-3 femte ledd. I henhold til forskrift om tvisteløsningsnemnd etter arbeidsmiljøloven § 2 settes nemnda med leder og to faste medlemmer. I tillegg er det oppnevnt to medlemmer med særlig kunnskap om bransjen som er berørt i saken (bransjemedlemmer).

Arbeidsmiljøloven § 14-3 første ledd fastsetter at deltidsansatte har fortrinnsrett til utvidet stilling fremfor at arbeidsgiver foretar ny ansettelse i virksomheten. Fortrinnsretten kan også gjelde en del av en stilling. 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 annet ledd. Ved vurderingen av om arbeidstaker er kvalifisert kan det, i henhold til lovens forarbeider, tas hensyn til både faglige og personlige forutsetninger.

Det går fram av lovens ordlyd at fortrinnsretten gjelder «utvidet stilling». I forarbeidene til arbeidsmiljøloven § 14-3 (Innst. O. nr. 100 for 2004-2005 pkt. 17.2) presiseres det at retten gjelder stillinger med om lag samme arbeidsoppgaver som den deltidsansatte allerede utfører i sin faste stilling. Dette er også lagt til grunn i nemndas praksis.

Slik denne saken er opplyst tar nemnda utgangspunkt i at arbeidsgiver er enig i at stillingen A krevde fortrinnsrett til er å anse som en utvidelse av hennes faste stilling og at hun er kvalifisert, ettersom begge er selgerstillinger i samme butikk.

Spørsmålet nemnda må ta stilling til er om det ville medført vesentlig ulempe for virksomheten å gi A fortrinnsrett, slik arbeidsgiver har anført.

Hva som ligger i begrepet vesentlig ulempe, er ikke nærmere definert i loven. Av lovens forarbeider, Ot. prp. nr. 49 (2004-2005) punkt 17.2.6, 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:

«Det kan imidlertid 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. Det kan også tenkes at fortrinnsretten kan føre til ulemper for de øvrige arbeidstakerne, for eksempel i form av at flere av disse får et betydelig innslag av arbeid på ubekvemme tidspunkter (natt- eller søndagsarbeid), fordi det er færre personer å dele arbeidet på. I slike tilfeller kan det være relevant for arbeidsgiver å påberope seg at fortrinnsretten fører til vesentlig ulempe.»

Nemnda har etter en konkret vurdering kommet til at arbeidsgiver har sannsynliggjort at det ville medført vesentlig ulempe for virksomheten å gi A fortrinnsrett til stillingen.

Nemnda har lagt avgjørende vekt på arbeidsgivers opplysninger og vaktoversikten som A selv har sendt inn, som viser at stillingen kravet gjelder har overlappende arbeidstid med de fleste av As vakter. Nemnda viser til at hensynet til arbeidsgivers behov for å ha tilstrekkelig antall ansatte er understreket i forarbeidene som et eksempel på en vesentlig ulempe. Nemnda viser også til at det går fram av butikkens vaktoversikt at det som hovedregel er fire til seks ansatte på jobb hver dag, og at alle har delvis overlappende arbeidstid. Det største sammenfallet i arbeidstid er ifølge vaktlistene ca. tre timer på ettermiddagen. Etter nemndas oppfatning bekrefter dette arbeidsgivers opplysninger om butikkens behov for å ha mange på jobb samtidig for å yte best mulig kundeservice når kundestrømmen er størst. Nemnda viser også til at butikkens rutiner for håndtering av innelåste varer legger store begrensninger på hvor mange kunder en selger kan håndtere samtidig. En sammenslåing av stillingene vil, med mindre hele arbeidsplanen ble endret, både føre til redusert bemanning på ettermiddagene og færre antall medarbeidere til å dekke opp ved fravær. Nemnda har tidligere kommet til at en reduksjon av antall ansatte, eller at stillingene ikke kan kombineres for eksempel på grunn av sammenfallende arbeidstid, anses som vesentlige ulemper etter arbeidsmiljøloven § 14-3, se vedtakene 05/17, 41/22, 81/15 og 40/11.

Nemnda har etter dette kommet til at ulempene som her er nevnt er å anse som vesentlige i lovens forstand og at A dermed ikke kan få medhold i sitt krav.

Nemnda vil avslutningsvis bemerke at det er uheldig at arbeidsgiver ikke har gjennomført drøftinger i henhold til arbeidsmiljøloven § 14-3 tredje ledd.

Konklusjon

A gis ikke medhold.

Tvisteløsningsnemnda

Anne Marie Due
Leder

16. desember 2022

Til orientering:

Tvister som nevnt i §§ 8-3, 10-13, 12-14, 14-3 og 14-4 a kan bringes inn for domstolene etter at Tvisteløsningsnemndas avgjørelse foreligger, jf. arbeidsmiljøloven § 17-2 annet 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 fra det tidspunktet parten ble underrettet om nemndas avgjørelse, jf. arbeidsmiljøloven § 17-2 tredje ledd.

Reises det ikke søksmål innen fristen, har vedtaket virkning som en rettskraftig dom, og det kan fullbyrdes etter reglene som gjelder for dommer, jf. arbeidsmiljøloven § 17-2 fjerde ledd.