



Tvisteløsningsnemnda

Vedtaksdato
16. september 2021

Vår referanse
2021/98

Saksbehandler
Birgit Espejord Jensen

VEDTAK NR 108/21 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Tvisteløsningsnemnda avholdt møte onsdag 15. september 2021.

Ved behandlingen av saken var Tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Steffen G. Rogstad, nestleder
Vetle Wetlesen Rasmussen, YS
Marianne Pedersen, Virke

Særskilt oppnevnte medlemmer

Tonje Thue Width, NHO Service og Handel
Medina Mahic, 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 møbelselger i 55 prosent stilling hos B på X senter i C.

B har ca. ti ansatte, hvorav en daglig leder, en lagersjef, to lageransatte, to dekoratører og fem deltidsansatte selgere.

Det ble utlyst en fast stilling på B i februar 2021. Annonsen ble publisert på Finn.no. Oppgavene til stillingen var salg av møbler og kundebehandling, samt forefallende arbeid i butikk og utstilling. Ønskede kvalifikasjoner var at vedkommende måtte være salgsdrevet, ha erfaring og kunne vise til resultater fra salg av kapitalvarer gjerne fra møbelbransjen, krav til norskkunnskaper og generell datakompetanse. Stillingsprosenten fremgikk ikke og søknadsfrist var satt til snarest. Ansettelsen ble slutført i midten av april da det ble ansatt en ekstern person som fast møbelselger i 30 prosent stilling.

I midten av april ble det også tilsatt en vikar i 80 prosent stilling for dekoratøren som gikk ut i en planlagt permisjon. Vikariatet var ikke utlyst, og den tilsatte var ikke tidligere ansatt i B.

A fremsatte krav om fortrinnsrett til stillingen den 22. april 2021. Arbeidsgiver opplyser at søknadsprosessen var på det tidspunktet avsluttet, og at A ikke hadde krevd fortrinnsrett til stillingen før det var foretatt ansettelse av ny deltidselger.

Vikariatet var ikke utlyst, og det ble ansatt en ekstern person. Det foreligger ikke stillingsannonse, og fremgår ikke hvilke kvalifikasjonskrav som ble stilt til vikariatet. A søkte fortrinnsrett til både den faste stillingen med 30 prosent og til vikariatet ved å utvide sin stilling opp til 100 prosent.

Arbeidsgiver avsto krav om fortrinnsrett i e-post av 26. april 2021. Avslaget ble begrunnet med at han ikke var kvalifisert til stillingen, og at det ville være til vesentlig ulempe for bedriften å gi A fortrinnsrett til stillingen.

Saken ble brakt inn for Tvisteløsningsnemnda ved brev datert 29. april 2021. Overfor nemnda har begge parter fått anledning til å komme med utfyllende merknader i saken.

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidstaker:

- brev datert 29. april 2021
- brev datert 29. juni 2021
- brev datert 18. juni 2021
- brev datert 20. august 2021
- brev datert 29. juni 2021
- brev datert 20. august 2021
- brev datert 25. august 2021

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev datert 21. mai 2021

- brev datert 15. juni 2021
- brev datert 27. august 2021

Arbeidstakers anførsler

A anfører i det vesentligste at han har fortrinnsrett til utvidet stilling, fremfor at bedriften ansetter noen utenfra. Han har også krevd fortrinnsrett til vikariatet.

A anfører at arbeidsgiver over mange år har vært informert om at han ønsker større fast stilling enn 55 prosent som han har i dag. Han har siden 2014 jobbet ved nåværende arbeidsplass. A anfører at han er kvalifisert da han har jobbet i møbelbransjen siden 1988, i ulike roller som daglig leder, selger og styling. Han anfører også at B ikke har hatt noen fast dekoratørstilling siden han begynte der, men at personen som er i permisjon har hatt hovedansvaret for utstillingen en tid. I hennes fravær er det vikaren, han selv og en annen selger som diskuterer seg fram til løsninger. Han anfører å ha normal datakompetanse, og har kompetanse på bestilling av varer, disse følger et gitt oppsett og nye programvarer kan læres.

A viser også til at søknaden ikke ble drøftet med han før avslaget, og anfører at bedriften er preget av lite åpenhet rundt nye stillinger, og at de ikke blir informert om ledige stillinger. Det er derfor vanskelig å fremsette krav om fortrinnsrett i forkant eller under ansettelsesprosesser.

Arbeidsgivers anførsler

B anfører i det vesentligste at A ikke fremsatte krav om fortrinnsrett før etter ansettelsesprosessen var ferdig. Han ville ha vært kvalifisert til den utlyste selgerstillingen, men at det ville medføre vesentlig ulempe for bedriften å utvide hans stillingsandel med 30 prosent da de er avhengig av å ha minst seks deltidsansatte møbelselgere for å ha tilstrekkelig bemanning. Med utvidelse av As stilling ville de ikke erstattet den som sluttet og følgelig sattet bare med fem selgere.

Om fortrinnsrett er gjort gjeldende til vikariatet, så anfører arbeidsgiver at A ikke søkte på stillingen. Han er dessuten ikke kvalifisert til stillingen som dekoratør. Det anføres at det ikke er stilling som han innehar.

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 femte ledd. I henhold til forskrift om tvisteløsningsnemnd etter arbeidsmiljøloven § 2 settes nemnda med nestleder 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.

Arbeidsgiver påberoper at krav om fortrinnsrett først ble fremmet etter at stillingene var besatt, og at kravet derfor ble fremmet for sent. I den sammenheng vil nemnda bemerke at loven ikke oppstiller noen formkrav til hvordan fortrinnsrett for deltidsansatte skal gjøres gjeldende, men at arbeidstaker må ha gitt uttrykk for et ønske om utvidet stilling. Arbeidstaker har i søknaden opplyst at han i tidligere samtaler med ledelsen har ønsket en stillingsutvidelse. For at arbeidstaker skal kunne gjøre et krav om fortrinnsrett til en konkret stilling gjeldende, er det ofte nødvendig at arbeidsgiver har informert om stillingen iht. arbeidsmiljøloven § 14-1, samt drøftet deltidsansettelsene iht. arbeidsmiljøloven § 14-3. Nemnda har ikke opplysninger om at dette er gjort i denne saken. Arbeidstaker kan derfor ikke lastes for å ha unnlatt å gjøre krav om fortrinnsrett på et tidligere tidspunkt. Nemnda legger dermed til grunn at han har fremmet krav om fortrinnsrett.

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.

Nemnda vil etter dette vurdere hvorvidt vikariatet har om lag de samme arbeidsoppgaver som A utfører i dag. Stillingen ble ikke utlyst og det ligger ikke opplysninger om hvilke kvalifikasjonskrav som stilles til stillingen. Arbeidsgiver opplyser at dette er en dekoratørstilling, mens arbeidstakeren mener at B ikke har egen dekoratørstilling. Det er flere som sammen jobber om utstillingene, deriblant han selv sammen med den som innehar den faste stillingen. I tillegg opplyser A at vikaren jobber 50 prosent med salg.

As stilling beskrives som ren møbelselger, mens han selv opplyser at han også er med å diskutere utstillingene. En del av stillingen i vikariatet inneholder markedsføring på sosiale medier, dekorering av butikk og bestillinger.

Slik som de to stillingene er beskrevet, har nemnda kommet til at de er ulike. Hovedoppgavene i vikariatet er dekorasjon i butikken, foreta bestillinger og markedsføre bedriften i sosiale medier. I As stilling er hovedoppgaven salg, og selv om deler av vikariatet også har overlappende oppgaver, er stillingene etter nemndas oppfatning for ulike, og har ikke det samme innholdet.

Det er etter dette ikke nødvendig for nemnda å ta stilling til om A er kvalifisert, eller hvorvidt det vil være til vesentlig ulempe for arbeidsgiver dersom han får fortrinnsrett til den omtvistede stillingen.

Konklusjon:

Arbeidstaker gis ikke medhold i krav om fortrinnsrett på vikariatet.

Nemnda går så over til å vurdere kravet om fortrinnsrett til den faste deltidsstillingen. Det er ikke omtvistet at stillingen har om lag de samme arbeidsoppgaver som hans nåværende stilling og at A er kvalifisert for stillingen. Tvisten gjelder derfor hvorvidt det vil medføre en vesentlig ulempe for virksomheten hvis A fikk fortrinnsrett til selgerstillingen.

Det avgjørende for nemnda blir etter dette om utøvelse av fortrinnsretten vil medføre vesentlig ulempe for virksomheten, jf. § 14-3 annet ledd.

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 vise til at fortrinnsretten fører til vesentlig ulempe.»

Departementet har i forbindelse med lovendringen i 2019 (Prop. 57 L (2017-2018) punkt 7.3) kommet med følgende merknad til bestemmelsen:

«Endringen innebærer at en kvalifisert deltidsansatt i prinsippet kan ha fortrinnsrett til bare en del av en stilling, forutsatt at fortrinnsretten kan gjennomføres uten at den er til vesentlig ulempe for arbeidsgiver. At arbeidsgiver blir sittende igjen med en reststilling det vil kunne være vanskelig å rekruttere kvalifiserte søkere til, kan innebære en slik vesentlig ulempe. Det samme vil kunne være tilfellet dersom gjennomføring av fortrinnsrett til bare en del av en stilling innebærer at virksomheten får flere, og ikke færre, deltidsansatte.»

Virkningen av den ulempen arbeidsgiver blir påført ved å bli sittende med en lav stillingsbrøk, må vurderes konkret, utgangspunktet må likevel være at deling av en utlyst stilling vil utgjøre en ulempe for arbeidsgiver, og at det følgelig må stilles relativt små krav til arbeidsgivers konkretisering av negative virkninger. Departementet sluttet seg også til denne vurderingen i Prop.57 L (2017-2018) s. 14.

Nemnda har kommet til at arbeidsgiver ikke har sannsynliggjort noen vesentlig ulempe for virksomheten. Arbeidsgiver har anført at det vil være vesentlig ulempe å ha færre deltidsstillinger å fordele oppgavene på. Nemnda kan imidlertid ikke se at arbeidsgiver har underbygget dette utover generelle betraktninger. Ved en innvilgelse av fortrinnsretten ville A hatt 85 prosent fast stilling. Det ville ha vært en person færre enn tidligere å fordele vaktene til, men til gjengjeld ville han hatt en større stillingsprosent som ville ha dekket opp flere faste vakter. Nemnda kan ikke se at det skulle utgjøre en stor forskjell i en vaktoversikt

om det er A eller en annen som dekker den 30 prosent store stillingen. Det vil muligens medføre en generell ulempe ved at arbeidsgiver må fordele vaktene annerledes, men en slik ulempe vil ikke være vesentlig, all den tid arbeidsgiver må sette opp vaktlister med jevne mellomrom.

Nemnda har etter dette kommet til at ansettelsen av en ekstern søker i den faste deltidsstillingen var i strid med As fortrinnsrett etter arbeidsmiljøloven § 14-3.

Konklusjon

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

Tvisteløsningsnemnda

Steffen Rogstad
Nestleder

16. september 2021

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.