



Vedtaksdato
28. september 2021

Vår referanse
2021/83

Saksbehandler
Ingunn Solberg

VEDTAK NR 113 /21 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Tvisteløsningsnemnda avholdt møte torsdag 23. september 2021.

Ved behandlingen av saken var Tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Steffen G. Rogstad, nestleder

Silje Hassellund Solberg, LO

Marianne Pedersen, Virke

Særskilt oppnevnte medlemmer

Henrik Munthe, NHO tidligere MBL

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 kundebehandler på kundesenter i stilling på 70 prosent hos B.

Arbeidsgiver opplyser at de er kundesenter for 29 mediehus. De har 8 faste kundebehandlere hvorav tre i 100 prosent stilling, fire i 70 prosent stilling, en i 60 prosent stilling. De har 1,7 årsverk som er ubesatt.

B utlyste stilling som kundebehandler på 70 prosent. A har krevd fortrinnsrett til stillingen.

Arbeidsgiver avsto kravet i e-post til tillitsvalgt datert 18. mars 2021. A opplyser at begrunnelsen for avslaget ble gjennomgått med ham 19. mars 2021. Krav om fortrinnsrett til stillingen ble avslått med den begrunnelse at det ville medføre en vesentlig ulempe for virksomheten.

Arbeidsgiver har opplyst at stillingen ikke er besatt.

Saken ble brakt inn for Tvisteløsningsnemnda ved brev datert 14. april 2021.

Det ble avholdt drøftelsesmøter mellom A og arbeidsgiver 26. mai og 8. juni 2021. A ble tilbudt stillingsøkning på 10 prosent, men takket nei til dette.

A har inngått en midlertidig avtale om 90 prosent stillingsandel i perioden 1. september – 31. desember 2021. Stillingsandel økes som følge av midlertidig behov for økt bemanning ved innfasing av nytt kundesystem.

Overfor nemnda har begge parter fått anledning til å komme med utfyllende merknader i saken.

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidstaker:

- brev datert 14. april 2021
- brev datert 28. juni 2021
- brev datert 23. august 2021
- brev datert 13. september 2021

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev datert 19. mai 2021
- brev datert 28. juni 2021
- brev datert 6. september 2021

Arbeidstakers anførsler

A gjør gjeldene at han har fortrinnsrett, og anfører i det vesentligste at å innvilge ham fortrinnsrett ikke vil være til vesentlig ulempe for bedriften. A anfører prinsipalt at han har rett til 30 prosent av den utlyste deltidsstillingen slik at han til sammen får en 100 prosent

stilling. Han anfører subsidiært at han har fortrinnsrett til en mindre del av denne stillingen, slik at han til sammen får en høyere stilling enn 70 prosent.

A hevder videre at å innvilge ham fortrinnsrett ikke vil utelukke at det blir ansatt en ny kundebehandler, bare i en lavere stillingsprosent enn arbeidsgiver opprinnelig søkte etter. A er ikke kjent med at arbeidsgiver har forsøkt å rekruttere i lavere stillingsprosent. A mener videre at en kundebehandler vil klare å holde seg tilstrekkelig oppdatert i en redusert stilling.

A anfører også at på bakgrunn av arbeidsgivers bruk av midlertidige ansatte fremstår det som det er et behov for hans arbeidskraft.

A opplyser at han oppfattet første møte med arbeidsgiver i forbindelse med hans krav om fortrinnsrett som et informasjonsmøte, uten reelle drøftelser.

Arbeidsgivers anførsler

B gjør gjeldene at A ikke har fortrinnsrett, og anfører i det vesentligste at å innvilge ham fortrinnsrett vil være til vesentlig ulempe for dem. Arbeidsgiver hevder de har behov for flere kundebehandlere, og anfører at de ikke vil klare å håndtere arbeidsmengden enkelte dager, samt ferieavvikling og lignende, med bare ni kundebehandlere. Kundesenteret er videre avhengig av deltidsansatte fordi arbeidet er ujevnt fordelt. Dersom A får fortrinnsrett vil de få et problem med overkapasitet enkelte tidspunkt, og underkapasitet andre tidspunkt.

Arbeidsgiver anfører at det er svært krevende å rekruttere deltidsansatte, spesielt i lavere stillingsandeler, samt at dersom stillingsprosenten blir for lav får den ansatte problemer med å holde seg oppdatert. Arbeidsgiver hevder videre at bruken av midlertidige ansettelser skyldes ulike typer fravær, og perioder med behov for økt arbeidskraft.

Dersom A gis medhold i sin klage, anmoder arbeidsgiver om at stillingsprosenten settes så lavt som mulig for å redusere ulempene for bedriften i størst mulig grad.

Arbeidsgiver opplyser at arbeidsoppgavene og kvalifikasjonskravene er de samme i As faste stillingen og den utlyste deltidsstillingen.

Arbeidsgiver opplyser at de etter beste evne har forsøkt å oppfylle kravet om drøftelsesmøte, men ser at de kan ha trådt feil i gjennomføringen. Arbeidsgiver anfører at det er avholdt flere møter mellom partene, og at eventuell saksbehandlingsfeil ikke har betydning for deres beslutning.

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 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.

Nemnda legger til grunn at partene er enige om at A er kvalifisert til den utlyste stillingen, og at stillingene utgjør de samme arbeidsoppgavene. Nemnda har derfor ikke tatt stilling til disse spørsmålene. Uenigheten gjelder hvorvidt det vil medføre en vesentlig ulempe for B at A får fortrinnsrett til stillingen på 70 prosent.

A er fast ansatt i en stilling på 70 prosent. Han har fremsatt krav om fortrinnsrett til 30 prosent av den utlyste stillingen slik at han til sammen får en stilling på 100 prosent. A har også bedt nemnda vurdere fortrinnsrett til en lavere stillingsprosent.

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 påberope seg 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.»

Virkingen 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.

I vurderingen av om utøvelse av fortrinnsretten vil medføre en vesentlig ulempe for virksomheten, har nemnda delt seg i et flertall og et mindretall.

Nemdas flertall, medlemmene Rogstad, Solberg og Mahic har etter en konkret vurdering kommet til at det ikke er tilstrekkelig sannsynliggjort at det vil medføre vesentlig ulempe for bedriften å gi A fortrinnsrett. Flertallet legger vekt på at arbeidsgiver ikke har forsøkt å rekruttere i en mindre stillingsprosent, og viser til at arbeidsgiver har flere faste ansatte i deltidsstillinger. Flertallet vurderer derfor også at det er mulig å holde seg tilstrekkelig oppdatert i en deltidsstilling. Nemnda vurderer at ulempene arbeidsgiver skisserer ikke er vesentlige, og at A dermed har fortrinnsrett.

A har etter dette fortrinnsrett til 30 prosent av den utlyste stillingen slik at han til sammen får en stilling på 100 prosent.

Nemdas mindretall, medlemmene Pedersen og Munthe har etter en konkret vurdering kommet til at det er tilstrekkelig sannsynliggjort at det vil medføre vesentlig ulempe for bedriften å gi A fortrinnsrett. Dersom A får fortrinnsrett, vil arbeidsgiver sitte igjen med en mindre reststilling. Mindretallet legger til grunn arbeidsgivers opplysninger, som også baserer seg på erfaringer fra rekrutteringsbyrået som bedriften benytter, om at det er vanskelig å rekruttere til mindre stillinger, og at den ansatte får utfordringer med å holde seg oppdatert. Mindretallet legger også vekt på arbeidsgivers opplysninger om at de har behov for flere ansatte å fordele vaktene på, samt enkelte ansatte i deltidsstillinger for å unngå overbemanning. Nemdas mindretall har etter dette kommet til at A ikke har fortrinnsrett, og kan derfor ikke få medhold i sitt krav.

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

Konklusjon

Arbeidsgivers avslag var i strid med As fortrinnsrett etter arbeidsmiljøloven § 14-3.

Twisteløsningsnemnda

Steffen G. Rogstad
Nestleder

28. 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.