



Tvisteløsningsnemnda

Vedtaksdato
18. desember 2019

Vår referanse
2019/26504

Saksbehandler
Mona Ekelund

VEDTAK NR. 182/19 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Tvisteløsningsnemnda avholdt møte 10. desember 2019.

Ved behandlingen av saken var Tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Anne Marie Due, leder
Vetle Wetlesen Rasmussen, YS
Mårten B. Faret, KS

Særskilt oppnevnte medlemmer

Marte Solberg, Virke
Anette Sørensen, 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 butikkmedarbeider i stilling på 50 prosent hos B, med tjenestested avdeling X.

Siden 2017 har A i tillegg vikariert i en stilling på 18 prosent for en langtidssykemeldt. Vikariatet opphørte med virkning fra 1. november 2019 da vedkommende sluttet.

Den 18. november 2019 fikk A utvidelse av sin faste stilling fra 46 til 50 prosent.

Butikken består av følgende stillinger:

- butikkleder 100 prosent stilling
- assisterende butikkleder 80 prosent stilling
- butikkmedarbeider 50 prosent stilling
- butikkmedarbeider 46 prosent stilling
- butikkmedarbeider 21 prosent stilling (i oppsigelsestid)
- 3 sesonghjelper 20 prosent stilling
- 1 tilkallingshjelp

I brev datert 7. februar 2019 søkte A om å beholde vikariatet når stillingen ble ledig. Kravet ble avslått av arbeidsgiver i protokoll datert 1. august 2019. Avslaget ble begrunnet med at stillingen ennå ikke var ledig og at butikken i framtiden ville ha behov for flere deltidsansatte for å sikre optimal drift tilpasset kundetrafikken og derfor kom til å fordele timene i vikariatet på nye stillinger. Som tillitsvalgt var A enig med arbeidsgiver i behovet for omorganisering av bemanningen.

Saken ble brakt inn for Tvisteløsningsnemnda ved e-post av 13. august 2019. Overfor nemnda har begge parter fått anledning til å komme med utfyllende merknader i saken.

I oktober 2019 utlyste B internt to midlertidige stillinger på ca. 20 prosent som sesonghjelp til 5. januar 2020 med mulighet for fast ansettelse. To tidligere ferievikarer ble tilsatt i stillingene.

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidstaker:

- e-post av 13. august 2019 med vedlegg
- e-post av 27. august 2019 med vedlegg
- e-post av 6. september 2019
- e-post av 13. november 2019 med vedlegg
- e-post av 19. november 2019 med vedlegg

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- e-post av 19. august 2019 med vedlegg
- e-post av 11. oktober 2019 med vedlegg
- e-post av 18. november 2019
- e-post av 2. desember 2019

- 3 e-poster av 3. desember 2019, ett vedlegg

Arbeidstakers anførsler

A anfører i det vesentligste:

Hun har fortrinnsrett til stillingsutvidelse med ytterligere 10 prosent, til 60 prosent. Det vil ikke medføre driftsmessige problemer for virksomheten å gi henne utvidet stilling.

Arbeidsgivers anførsler

B anfører i det vesentligste:

A kan ikke gis fortrinnsrett til ytterligere 10 prosent stillingsutvidelse, da det vil medføre vesentlig ulempe for virksomheten å videreføre dagens bemanning. Økt antall ansatte er nødvendig for at bemanningen skal bli mindre sårbar ved fravær, være bedre tilpasset kundetrafikken og at belastningen på den enkelte reduseres. Det er enighet mellom arbeidsgiver og tillitsvalgte om at bedriftens forslag til bemanning er nødvendig. Julen er høysesong og det er behov for flere personer på jobb samtidig.

Tvisteløsningsnemndas merknader

Tvist mellom arbeidsgiver og arbeidstaker om fortrinnsrett for deltidsansatte kan bringes inn for Tvisteløsningsnemnda, jf. arbeidsmiljøloven § 17-2 (1) og § 14-3 (5). I henhold til forskrift om tvisteløsningsnemnd etter arbeidsmiljøloven § 2 settes nemnda med leder og to faste medlemmer. I tillegg er det oppnevnt ytterligere to medlemmer med særlig kunnskap om den bransjen som er berørt i saken (bransjemedlemmer).

Arbeidsmiljøloven § 14-3 (1) 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 (2). I henhold til lovens forarbeider, kan det ved vurderingen av om arbeidstaker er kvalifisert kan det tas hensyn til både faglige og personlige forutsetninger.

Det er videre presisert 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.

Arbeidsgiver har ikke bestridt at de utlyste stillingene som sesonghjelp er å anse som en utvidelse av As faste stilling, eller at hun er kvalifisert for stillingene. Nemnda legger også dette til grunn. Etter nemndas praksis kan også fortrinnsretten gjelde en midlertidig stilling.

Fortrinnsretten kan også gjelde en del av en stilling. A er fast ansatt i en stilling på 50 prosent og har fremsatt krav om fortrinnsrett til ytterligere 10 prosent, slik at hun til sammen vil få en stillingsprosent på 60.

Nemnda legger til grunn at B har foretatt to nye ansettelser i midlertidige stillinger på 20 prosent. Spørsmålet nemnda må ta stilling til er således om A har fortrinnsrett til 10 prosent av de to midlertidige stillingene.

Nemnda bemerker at Høyesterett i dom av 25. april 2016 (HR-2016-00867-A), slo fast at arbeidsmiljølovens daværende § 14-3 ikke ga deltidsansatte anledning til å tre inn i en del av en utlyst stilling. Deltidsansatte som gjorde fortrinnsrett gjeldende etter arbeidsmiljøloven § 14-3 måtte dermed akseptere hele den utlyste stillingen. Arbeidsmiljøloven § 14-3 ble imidlertid endret med virkning fra 1. januar 2019, slik at bestemmelsen nå åpner for at fortrinnsretten kan gjøres gjeldende også i slike tilfeller. Departementet har i forarbeidene, Prop. 57 L (2017-2018), kommet med følgende merknader 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.»

Det avgjørende for nemnda blir etter dette om utøvelse av fortrinnsretten vil medføre vesentlig ulempe for virksomheten, jf. § 14-3 (2).

Arbeidsgiver har anført at utøvelse av fortrinnsretten vil medføre vesentlig ulempe for virksomheten, fordi antall ansatte må økes for at bemanningen skal bli mindre sårbar ved fravær, være bedre tilpasset kundetraffikken og at belastningen på den enkelte bør reduseres.

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.

Virkningen av den ulempen arbeidsgiver blir påført ved å bli sittende med en lav stillingsbrøk, må vurderes konkret, og det kan således åpnes for unntak fra hovedregelen. På bakgrunn av forarbeidene må utgangspunktet likevel være at deling av en utlyst stilling vil utgjøre en vesentlig ulempe for arbeidsgiver, og at det følgelig ikke stilles strenge krav til arbeidsgivers konkretisering av negative virkninger.

Nemnda har etter en konkret vurdering kommet til at det ikke er tilstrekkelig godtgjort fra arbeidsgivers side at det vil medføre vesentlig ulempe for virksomheten å gi A fortrinnsrett til 10 prosent av de utlyste stillingene. 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 i butikken til forskjellige tider i høysesongen og ved uforutsett fravær. Nemnda finner ikke at arbeidsgiver ved denne generelle anførselen har sannsynliggjort en konkret vesentlig ulempe for virksomheten som er tilstrekkelig til å avskjære arbeidstakers krav.

Nemnda har i sin vurdering vektlagt at butikken har hatt dagens bemanning i flere år og at A har vikariert i en større stillingsprosent enn utvidelsen hun har fremsatt krav om siden 2017. Ulempen ved å videreføre dagens bemanning i forbindelse med julehandelen vil etter

nemndas vurdering kunne blitt tilstrekkelig avhjulpet ved ansettelse av kun en sesonghjelp, eventuelt to sesonghjelpere i lavere stillingsprosjenter.

Konklusjon

Ansettelsen av eksterne søkere var i strid med As fortrinnsrett etter arbeidsmiljøloven § 14-3.

Tvisteløsningsnemnda

Anne Marie Due
Leder

18. desember 2019

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 (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 fra det tidspunktet parten ble underrettet om nemndas avgjørelse, jf. arbeidsmiljøloven § 17-2 (3).

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 (4).