



Tvisteløsningsnemnda

Vedtaksdato
18. mars 2022

Vår referanse
2021/236

Saksbehandler
Mona Ekelund

VEDTAK NR 23/22 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Tvisteløsningsnemnda avholdt møte torsdag 17. mars 2022.

Ved behandlingen av saken var Tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Anne Marie Due, leder
Vetle Wetlesen Rasmussen, YS
Marianne Pedersen, Virke

Saken gjelder

Tvist om rett til stilling for deltidsansatte tilsvarende faktisk arbeidstid etter arbeidsmiljøloven § 14-4 a

Tvist om fortrinnsrett for deltidsansatt etter arbeidsmiljøloven § 14-3

Arbeidstaker

A

Arbeidsgiver

B

Det ble truffet slikt vedtak:

Saksforhold

A er fast ansatt som butikkmedarbeider i stilling på 60 prosent hos B. Hun arbeider ved B 362 X og er for tiden gravid og sykemeldt.

Den 18. oktober 2021 fremsatte A krav om stillingsutvidelse på grunnlag av utført merarbeid de siste 12 måneder, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Kravet ble avslått av arbeidsgiver i skriv datert 29. oktober 2021, sendt per e-post 2. november 2021. Avslaget ble begrunnet med at merarbeidet skyldtes en ekstraordinær situasjon på grunn av covid-19-pandemien, og at oppheving av restriksjoner medførte at omsetningen og bemanningen var gått tilbake til normale nivåer. Arbeidsgiver viste også til at arbeidstaker ikke hadde søkt på tre stillinger som var utlyst i beregningsperioden.

Saken ble brakt inn for Tvisteløsningsnemnda 26. november 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 26. november 2021
- brev datert 8. desember 2021
- brev datert 6. januar 2022
- e-post av 6. januar 2022
- brev datert 15. februar 2022

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- e-post av 21. desember 2021
- e-post av 27. januar 2022

Arbeidstakers anførsler

A anfører i det vesentligste at hun har rett til utvidet stilling tilsvarende merarbeidet hun har utført i beregningsperioden.

Arbeidsgiver har også ansatt tre nye medarbeidere det siste året og dette må være i strid med hennes fortrinnsrett etter arbeidsmiljøloven § 14-3.

Arbeidsgivers anførsler

B anfører i det vesentligste at A ikke kan få medhold i sine krav.

Når det gjelder fortrinnsrett viser B til at A ikke har søkt på, eller krevd fortrinnsrett til, noen av de tre omtalte stillingene. Hun har heller ikke ytret ønske om høyere stilling før kravet av 18. oktober 2021. Dette var to ringevikarstillinger og en stilling som låseansvarlig som A ikke ble vurdert til fordi hun ikke er låseansvarlig i dag.

Når det gjelder krav etter § 14-4 a viser B til at merarbeidet var muntlig avtalt og at årsaken til vaktene var hhv 39,11 prosent høytider/ferie og 27,85 prosent covid-19- pandemien. Når dette tas ut av beregningsgrunnlaget er det øvrige merarbeidet ikke jevnlig utført.

Avslutningsvis hevder B at behovet for merarbeidet har falt bort fordi covid-19-effekten har avtatt og butikken må redusere sin bemanning framover for å holde seg innenfor budsjett.

Tvisteløsningsnemndas merknader

Nemnda tolker de innsendte brevene fra A slik at hun hevder at ansettelsen av tre nye medarbeidere var i strid med hennes fortrinnsrett, og vil dermed først ta stilling til dette.

Tvist mellom arbeidsgiver og arbeidstaker om fortrinnsrett for deltidsansatte kan bringes inn for Tvisteløsningsnemnda, jf. arbeidsmiljøloven § 17-2 første ledd, § 14-3 femte ledd. I henhold til forskrift om tvisteløsningsnemnd etter arbeidsmiljøloven § 2 settes nemnda med leder og to faste medlemmer.

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.

Loven oppstiller ikke noe formkrav til hvordan fortrinnsrett for deltidsansatte skal gjøres gjeldende. Etter nemndas praksis er det imidlertid lagt til grunn at arbeidstaker må ha gitt uttrykk for et ønske om utvidet stilling, eksempelvis ved å søke på stillingen, ved å fremme krav om fortrinnsrett, eller ved at arbeidsgiver på annen måte har blitt kjent med at arbeidstaker ønsker utvidet stilling, se eksempelvis vedtak 10/20 og 210/17.

Som et utgangspunkt tilligger det ikke arbeidsgiver en generell plikt til å undersøke om en arbeidstaker ønsker å gjøre fortrinnsrett gjeldende. Arbeidsgiver må imidlertid gi de fortrinnsberettigede en reell mulighet til å gjøre fortrinnsretten gjeldende – enten ved utlysning av stillingen eller ved annen informasjon til de ansatte, jf. nemndas vedtak 56/07.

B har opplyst at det ble utlyst en stilling 5. januar 2021 og at to nye ringevikarer har begynt i beregningsperioden. Partene er enige om at A ikke har søkt på stillingene eller på annen måte uttrykt ønske om høyere stilling før kravet etter arbeidsmiljøloven § 14-4 a ble fremsatt.

Slik saken er opplyst har nemnda etter en konkret vurdering kommet til at ansettelsene ikke var i strid med arbeidstakers fortrinnsrett.

Nemnda har tidligere slått fast at fortrinnsrett ikke kan gjøres gjeldende for ekstravakter, se for eksempel vedtak 103/21, 92/21, 167/20, 25/20, 43/16, og 04/15. Nemnda bemerker imidlertid at det vil kunne være en ulovlig omgåelse av § 14-3 dersom en arbeidsgiver ansetter «ringevikarer» til å dekke mer eller mindre faste ekstravakter/enkelttimer som i realiteten innebærer en «ny ansettelse i virksomheten» i stedet for å tilby disse til faste

deltidsansatte. Det er imidlertid ikke klart at det er det som har skjedd i denne saken. Det er opplyst fra arbeidsgiver at ansettelsen av ringevikarer skyldtes økt behov på grunn av høyt sykefravær i den aktuelle perioden.

Når det gjelder tilsetting av den låseansvarlige viser nemnda til at stillingen ble utlyst uten at A søkte på den eller at hun på annen måte hadde fremmet ønske om høyere stilling overfor arbeidsgiver. A har også bekreftet dette overfor nemnda. Nemnda viser videre til at A ikke er låseansvarlig i dag og at stillingen innebærer helgearbeid annenhver helg, noe som hun allerede har. Nemnda mener at arbeidsgiver ikke kan klandres for ikke å ha undersøkt nærmere hvorvidt hun ønsket å gjøre fortrinnsrett gjeldende for denne stillingen og dermed var heller ikke ansettelsen i strid med hennes fortrinnsrett.

Konklusjon

A gis ikke medhold i krav om fortrinnsrett for deltidsansatte etter arbeidsmiljøloven § 14-3.

Ad rett til stilling tilsvarende faktisk arbeidstid

Twist mellom arbeidsgiver og arbeidstaker om rett til stilling for deltidsansatte tilsvarende faktisk arbeidstid kan bringes inn for Tvisteløsningsnemnda, jf. arbeidsmiljøloven § 17-2 første ledd og § 14-4 a annet ledd. I henhold til forskrift om tvisteløsningsnemnd etter arbeidsmiljøloven § 2 settes nemnda med leder og to faste medlemmer.

Arbeidsmiljøloven § 14-4 a fastsetter at deltidsansatte som de siste 12 måneder jevnlig har arbeidet utover avtalt arbeidstid, har rett til stilling tilsvarende faktisk arbeidstid i denne perioden, med mindre arbeidsgiver kan dokumentere at behovet for merarbeidet ikke lenger foreligger. Tolvmånedersperioden skal beregnes med utgangspunkt i det tidspunkt arbeidstaker fremmet sitt krav.

A fremsatte sitt krav for arbeidsgiver 18. oktober 2021. Nemnda legger til grunn at siste dag i tolv månedersperioden er dagen forut for at kravet ble fremsatt for arbeidsgiver. Den relevante perioden i denne saken er dermed fra og med 18. oktober 2020 til og med 17. oktober 2021. Partene er enige om at A har arbeidet 337,5 timer utover sin faste deltidsstilling i denne perioden. Full stilling utgjør 1950 timer per år.

B viser til at merarbeidet var muntlig avtalt og at årsaken til vaktene var hhv 39,11 prosent høytider/ferie og 27,85 prosent covid-19-pandemien. Videre hevder arbeidsgiver at det resterende merarbeidet ikke er jevnlig utført. Avslutningsvis har arbeidsgiver anført at behovet for merarbeidet har falt bort fordi covid-19-effekten har avtatt og butikken må redusere sin bemanning framover for å komme innenfor sitt budsjett.

Nemnda tolker dette som at arbeidsgiver mener at enkelt vakter ikke skal tas med i beregningsgrunnlaget på grunn av årsaken til at vekten var ledig, og fordi det forelå muntlig avtale mellom partene.

Nemnda tar først stilling til hvilke vakter som skal inngå i beregningsgrunnlaget.

Nemnda viser til bestemmelsens forarbeider (Prop. 83 L for 2012-2013, pkt. 4.4.4.2), hvor det fremkommer at § 14-4 a tar sikte på å omfatte jevnlig ekstraarbeid utover den faste stillingen den deltidsansatte har. Etter nemndas oppfatning vil derfor alt arbeid utover den faste stillingen som utgangspunkt anses som «arbeid utover avtalt arbeidstid». Forarbeidene avgrensner mot situasjoner hvor det er avtalt en utvidelse av stillingen i form av en midlertidig ansettelseskontrakt, og det understrekes at i slike tilfeller skal stillingsutvidelsen ikke anses som «arbeid utover avtalt arbeidstid».

Arbeidsgiver har opplyst at i den grad vaktene var avtalt var det i form av muntlig avtale når behovet for å dekke vekten oppstod. Dette er ikke en slik midlertidig stillingsutvidelse som forarbeidene viser til. Nemnda har derfor kommet til at ingen av vaktene skal tas ut av beregningsgrunnlaget på dette grunnlaget.

Når det gjelder årsaken til merarbeidet viser nemnda til lovens ordlyd og anser merarbeid som har oppstått på grunn av Covid-19-pandemien, ferieavvikling og sykefravær som «arbeid utover avtalt arbeidstid» så lenge det, som i denne saken, ikke foreligger en avtale om midlertidig stillingsutvidelse. Vurderingen er i samsvar med nemndas faste praksis, se blant annet vedtak 13/22, 158/21, 140/21, 134/21, 119/21, 160/20, 110/20, 80/19.

Nemnda finner i denne sammenheng grunn til å bemerke at arbeidsgivers nåværende eller fremtidige behov for merarbeid ikke er relevant i vurderingen av hva som skal med i beregningsgrunnlaget, men at det foretas en egen vurdering av arbeidsgivers behov for merarbeid etter at nemnda eventuelt har kommet til at arbeidstakers merarbeid i beregningsperioden har vært utført jevnlig.

Når alt arbeid utover avtalt arbeidstid tas med viser dokumentasjonen i saken at A har arbeidet 337,5 timer merarbeid i beregningsperioden.

Nemnda går så over til vurderingen av om jevnlighetsvilkåret i arbeidsmiljøloven § 14-4 a er oppfylt. Inngangskriteriet om at den deltidsansatte har arbeidet «jevnlig» utover avtalt arbeidstid byr på en konkret og skjønnsmessig vurdering som i første instans vil være overlatt til Tvisteløsningsnemnda der partene ikke selv blir enige.

Nemnda viser til at det kommer frem av bestemmelsens forarbeider (Prop. 83 L for 2012-2013) at merarbeidets hyppighet, omfang og stabilitet vil være sentrale momenter i vurderingen av jevnlighetskriteriet. Slik nemnda ser det, vil disse tre momentene i noen grad gripe inn i hverandre. Uten en viss hyppighet, vil f.eks. merarbeidet heller ikke få nevneverdig omfang eller stabilitet. Med unntak for perioder der forhold på arbeidstakers side gjør det umulig, må det være utført et visst merarbeid gjennom hele beregningsperioden, men det kan ikke stilles bestemte krav til at arbeidet er utført ukentlig e.l. For at «merarbeidet i det store og hele fremstår som en etablert praksis», er det tilstrekkelig at det har forekommet slikt merarbeid gjennom hele beregningsperioden at det vitner om et stabilt og varig behov hos arbeidsgiver.

Nemnda har kommet til at merarbeidet er utført jevnlig. Merarbeidet i denne saken går etter nemndas oppfatning utover det sporadiske. Selv om det har vært visse svingninger i intensiteten i beregningsperioden, har ekstraarbeidet vært tilstrekkelig jevnt fordelt utover

året. Nemnda viser til at A har hatt ekstravakter hver måned i beregningsperioden. Nemnda finner at ekstraarbeidet har hatt tilstrekkelig omfang, hyppighet og stabilitet i tolv månedersperioden. Merarbeidet fremstår dermed etter en helhetsvurdering som en etablert praksis som oppfyller lovens krav.

Arbeidsgiver har anført at behovet for arbeidstakers merarbeid ikke lenger foreligger fordi det skyldes en ekstraordinær situasjon på grunn av covid-19-pandemien og at virksomheten må nedbemanne for å holde seg til budsjettet, og viser til lønnsrapport for november 2021.

Hva som skal til for at behovet for merarbeid ikke lenger anses å foreligge, er ikke nærmere definert i loven. Ordlyden krever imidlertid at arbeidsgiver kan dokumentere at behovet for merarbeidet ikke lenger foreligger, og kravene til dokumentasjonen er i noen grad kommentert i forarbeidene, Prop. 83 L (2012-2013) punkt 4.4.4.5:

«Departementet finner det ikke hensiktsmessig å fastsette konkrete krav til hvilken dokumentasjon som arbeidsgiver må legge fram. Arbeidsgiver vil i praksis måtte fremlegge informasjon som gjør det mulig for arbeidstaker og eventuelt Tvisteløsningsnemnda å etterprøve. Det avgjørende vil være hvorvidt og i hvilken grad arbeidsgiver kan sannsynliggjøre at virksomheten ikke lenger har behov for merarbeidet i tiden framover.»

I bestemmelsens forarbeider, Prop. 83 L (2012-2013) punkt 4.4.4.5, uttaler departementet blant annet at:

«Det kan og tenkes at virksomheten kan begrunne et mindre behov for merarbeid framover med at det i mellomtiden har vært nødvendig med nedbemanning, eventuelt at nedbemanning eller permitteringer er sannsynlig i nær fremtid. (...)

I sak 129/16 har nemndas flertall uttalt følgende om planlagte nedbemanninger på avslagstidspunktet:

«For at nedbemanningsplaner skal ha betydning i de konkrete sakene nemnda skal avgjøre, må de etter flertallets oppfatning ikke bare fremstå som målsetninger, men være konkrete og allerede under behandling på tidspunktet for arbeidsgivers avslag. Enn videre må den planlagte nedbemanningen redusere behovet for merarbeid i den avdelingen eller enheten der merarbeidet som har utløst kravet på økt stilling, er utført.

Flertallet understreker videre at nedbemanningen, for å være relevant, må ha som virkning at behovet for merarbeid reduseres.»

I sak 140/20 uttalte nemnda:

«Etter nemndas vedtak 129/16 og senere praksis i nemnda vil det være avgjørende om arbeidsgiver kan dokumentere at behovet for merarbeid var bortfalt på det tidspunktet arbeidsgiver tok stilling til arbeidstakers krav – under forutsetning av at dette skjedde innen rimelig tid. Arbeidsgiver skal ikke kunne trenere saken i påvente av endringer som kan frata arbeidstaker en opparbeidet rettighet. Nemndas syn er at utviklingen etter tidspunktet for arbeidsgivers avslag ikke er relevant. En vesentlig presisering må imidlertid gjøres. Selv om ordlyden tilsier at behovet for merarbeid

allerede må være bortfalt for at arbeidstakers krav skal være avskåret, følger det ganske klart av forarbeidene at også en sannsynlig utvikling i nær fremtid vil kunne ha samme virkning.»

Nemnda vil bemerke at Covid-19-pandemien utgjør en ekstraordinær situasjon og at det er sannsynlig at B 362 X, på lik linje med mange andre dagligvarebutikker, har hatt økt behov for merarbeid som følge av pandemien. Nemnda legger derfor i utgangspunktet til grunn at det er sannsynlig at noe av behovet for merarbeid vil falle bort når pandemien er over.

Slik denne saken er opplyst har nemnda kommet til at arbeidsgiver i tilstrekkelig grad har sannsynliggjort at behovet for deler av merarbeidet var bortfalt på avslagstidspunktet den 2. november 2021, eller at det kom til å falle bort i nær fremtid.

Nemnda legger til grunn arbeidsgivers opplysninger om at restriksjoner i forbindelse med covid-19-pandemien gikk gradvis nedover rundt avslagstidspunktet og at bemanningssituasjonen ikke lenger var like krevende. Nemnda legger videre til grunn arbeidsgivers opplysninger om at 13 av merarbeidsvaktene på til sammen 93,5 timer, som A utførte, direkte skyldtes karantene på grunn av covid-19- pandemien og anser at behovet for dette merarbeidet har bortfalt.

Det er for øvrig ikke sannsynliggjort at behovet for resten av merarbeidet har bortfalt. Nemnda har lagt vekt på årsaken til de resterende vaktene ifølge arbeidsgivers opplysninger var hhv. ferieavvikling (132 t), personalmøte (2 t) og uspesifisert fravær (110 t). Nemnda kan ikke se at denne typen fravær reduseres på grunn av opphørte restriksjoner i forbindelse med pandemien eller en eventuell nedbemanning. A har dermed rett til stilling tilsvarende faktisk arbeidstid i beregningsperioden fratrukket koronarelatert merarbeid på 93,5 timer.

Ved fastsettelsen av ny stillingsprosent tar nemnda utgangspunkt i den stillingsprosent det samlede merarbeidet tilsier på årlig basis, uten hensyntaken til variasjoner fra måned til måned. Opptjent stillingsøkning må etter nemndas oppfatning beregnes med utgangspunkt i brutto årstimetall i full stilling fratrukket ferie, i dette tilfellet 1762,5 timer. Dokumentasjonen i saken viser at A har arbeidet 244 timer utover avtalt arbeidstid i beregningsperioden, noe som tilsvarer en stillingsprosent på 13,84. Samlet utgjør dette en stillingsprosent på 73,84.

Konklusjon

A har rett til økning av sin stilling med en stillingsprosent på 13,84 etter arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Tvisteløsningsnemnda

Anne Marie Due
Leder

18. mars 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.