

VEDTAK NR 45/17 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Tvisteløsningsnemnda avholdt møte fredag 10. februar 2017.

Ved behandlingen av saken var tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Anne Marie Due, leder
Silje Hassellund Solberg, LO
Øyvind Sollie, Spekter (vara)

Saken gjelder

Tvist om fortrinnsrett for deltidsansatte etter arbeidsmiljøloven § 14-3, og tvist om rett til stilling for deltidsansatte tilsvarende faktisk arbeidstid etter arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Arbeidstaker

A

Arbeidsgiver

B

Det ble truffet slikt vedtak:

Saksforhold

A er fast ansatt som kokk i stilling på 80 prosent for B ved X.

Den 19. februar 2016 fremsatte A krav om fortrinnsrett til ledig stilling etter at det ble klart at en kollega i foreldrepermisjon ikke ville komme tilbake i sin stilling. Det ble samtidig fremsatt krav om stillingsutvidelse til 98,9 prosent stilling på grunnlag av utført merarbeid de siste 12 måneder, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Arbeidsgiver avsto søknaden i møte mellom partene som ble avholdt samme dag. Av møteprotokoll framgår det at avslaget var begrunnet med at det ikke var tilgjengelig stilling.

Partenes opplysninger, og timelister forelagt nemnda viser at A har arbeidet 275 timer utover avtalt arbeidstid i perioden 19. februar 2015 til 18. februar 2016. Full stilling utgjør 1846 timer per år.

Saken ble brakt inn for tvisteløsningsnemnda ved brev av 17. mars 2016. Overfor nemnda har begge parter fått anledning til å komme med utfyllende merknader i saken.

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidstaker:

- brev datert 17. mars 2016
- brev datert 28. april 2016
- brev datert 4. august 2016
- e-post av 14. desember 2016

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev datert 3. juni 2016.
- e-post av 31. januar 2016

Arbeidstakers anførsler

A v/Fellesforbundet anfører i det vesentligste at hun har fortrinnsrett til den omstridte stillingen. Personen som vikarierte i stillingen var midlertidig ansatt, og har dermed ikke fortrinnsrett ved en etterfølgende nyansettelse.

Det anføres videre at hun har rett til utvidet stilling tilsvarende utført merarbeid i den aktuelle perioden.

Det foreligger kjennskap til at en ansatt i en 80 prosent stilling, ved en annen stasjon på kjøkkenet har sluttet. Det vil derfor være en potensiell ledig stilling ved stasjonen og gode muligheter for utvidet stilling.

Arbeidsgivers anførsler

B v/NHO Reiseliv anfører at det ikke foreligger noen nyansettelse i den omstridte stillingen. Personen som vikarierte i den omstridte stillingen var allerede tilknyttet bedriften som ekstrahjelp, og fikk forlenget sitt vikariat i en lavere stillingsprosent, som senere ble formalisert til fast ansettelse.

Det anføres videre at arbeidstaker uansett ikke har krav på en del av den omstridte stillingen under henvisning til dom av Høyesterett 25. april 2016, hvor det framgår at § 14-3 ikke gir noen rett til å tre inn i en del av en utlyst stilling.

Når det gjelder kravet på utvidet stilling etter arbeidsmiljøloven § 14-4 a, så anføres det at merarbeidet må beregnes fra dato til dato og at det må gjøres fradrag for sykefravær under den aktuelle perioden.

Det anføres videre at behovet for merarbeid er bortfalt som følge av at stasjonen der arbeidstaker har utført sitt merarbeid, har redusert behov for merarbeid som følge av en forenkling i produksjonen hvor deler av maten tilberedes ved hjelp av halvfabrikata.

Tvistløsningsnemndas merknader

Tvisten gjelder krav om fortrinnsrett, og krav om rett til stilling tilsvarende faktisk arbeidstid etter arbeidsmiljøloven. Nemnda finner i det følgende å behandle de to kravene hver for seg.

I henhold til forskrift om tvisteløsningsnemnd etter arbeidsmiljøloven § 2 settes nemnda med leder og to faste medlemmer.

Krav om fortrinnsrett

Tvist mellom arbeidsgiver og arbeidstaker om fortrinnsrett for deltidsansatte kan bringes inn for tvisteløsningsnemnda, jf. arbeidsmiljøloven § 17-2 (1) og § 14-3 (4).

Arbeidsmiljøloven § 14-3 (1) fastsetter at deltidsansatte har fortrinnsrett til utvidet stilling fremfor at arbeidsgiver foretar ny ansettelse i virksomheten. 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).

Høyesterett har i dom av 25. april 2016 (HR-2016-00867-A), slått fast at arbeidsmiljøloven § 14-3 ikke åpner for at deltidsansatte kan gjøre krav på å tre inn i en del av en utlyst stilling. Deltidsansatt som gjør fortrinnsrett gjeldende etter arbeidsmiljøloven § 14-3 må dermed akseptere hele den utlyste stillingen.

A er fast ansatt i en stilling på 80 prosent, og har fremsatt krav om fortrinnsrett til en del av en mulig ledig stilling på 80 prosent slik at hun til sammen vil få en stillingsprosent på 100 prosent. Dette gir arbeidsmiljøloven § 14-3 etter Høyesteretts dom ikke rett til, og nemnda trenger derfor ikke å gå inn på om de øvrige vilkårene i loven er oppfylt.

Krav om stilling for deltidsansatte tilsvarende faktisk arbeidstid

Tvist mellom arbeidsgiver og arbeidstaker om rett til stilling for deltidsansatte tilsvarende faktisk arbeidstid kan bringes inn for tvisteløsningsnemnda, jf. arbeidsmiljøloven § 17-2 (1) og § 14-4 a (2).

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. Tolv månedersperioden skal beregnes med utgangspunkt i det tidspunkt arbeidstaker fremmet sitt krav.

A fremsatte sitt krav for arbeidsgiver 19. februar 2016. Nemnda legger til grunn at siste dag i tolv månedersperioden er dagen forut for at kravet ble fremmet for arbeidsgiver. Den relevante perioden i denne saken er dermed 19. februar 2015 til 18. februar august 2016.

Uenigheten mellom partene i denne saken gjelder i hovedsak om hele eller deler av behovet for merarbeid har bortfalt. I tillegg er det uenighet om det ved vurderingen av merarbeidet skal gjøres fradrag for fravær i forbindelse med egen sykdom.

Nemnda vil først ta stilling til om behovet for merarbeid er bortfalt.

Arbeidsgiver har anført at deres behov i stor grad har endret seg ved at deler av matlagingen gjøres ved bruk av halvfabrikata. Dette som en forenkling av konseptet, og det har medført at bemanningsbehovet på stasjonen for forberedelse av matretter er redusert.

Nemnda må derfor ta stilling til hvorvidt arbeidsgiver i tilstrekkelig grad har dokumentert at behovet for As merarbeid var bortfalt på avslagstidspunktet eller at det var sannsynlig at behovet ville bortfalle i nær fremtid.

Hva som skal til for at behovet for merarbeid ikke lenger anses å foreligge, er ikke nærmere definert i loven. 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. (...) 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.»

Slik denne saken er opplyst har nemnda kommet til at arbeidsgiver i tilstrekkelig grad har sannsynliggjort at behovet for merarbeid ikke lenger foreligger. Det er framlagt vaktlister ved kjøkkenet for januar til april i 2015 og 2016 som viser at flere ukentlige vakter er redusert, enten ved færre skift eller ved færre ansatte på vakt. Det er videre framlagt dokumentasjon på at arbeidsgiver som følge av det reduserte behovet har vært nødt til å flytte faste ansatte mellom avdelingene for å kunne tilby arbeid i samsvar med deres kontrakter.

Det framgår av dokumentasjonen at As merarbeid under opptjeningsperioden ble utført på stasjonen for forberedelse av matretter, og vaktlistene for den aktuelle stasjonen viser videre en større reduksjon i bemanningen enn As merarbeid i den samme perioden tilsvarer. Dette vil etter nemndas syn i tilstrekkelig grad underbygge arbeidsgivers anførsel om at behovet for merarbeid har bortfalt.

Nemnda finner etter dette at arbeidsmiljøloven § 14-4 a ikke gir A rett til stillingsutvidelse for hennes merarbeid i beregningsperioden.

Konklusjon

Arbeidstaker gis ikke medhold

Tvisteløsningsnemnda

Anne Marie Due
leder

Oslo, 16.02.2017

Til orientering:

Tvister som nevnt i §§ 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 regnet fra det tidspunkt tvisteløsningsnemndas avgjørelse foreligger, jf. arbeidsmiljøloven § 17-2 (3).