

VEDTAK NR 07/18 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Tvisteløsningsnemnda avholdt møte fredag 19. januar 2018.

Ved behandlingen av saken var tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Anne Marie Due, leder
Silje Hassellund Solberg, LO
Silje Stadheim Almestrand, NHO

Saken gjelder

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

Arbeidstaker

A

Arbeidsgiver

B kommune

Det ble truffet slikt vedtak:

Saksforhold

A er fast ansatt som miljøarbeider i stilling på 19,48 prosent i B kommune. Hun arbeider lørdag og søndag annenhver helg.

Den 8. august 2017 ble de ansatte orientert om ledig helgestilling med søknadsfrist 20. august 2017.

I e-post av 12. august 2017 henviste A til utlyst helgestilling og spurte om det var mulig å få utvidet sin stilling med en helg fast pr. måned.

Forespørselen ble avslått 14. august 2017. Arbeidsgiver opplyste at hun ikke kan jobbe oftere enn gjennomsnittlig annenhver helg i løpet av 12 uker, slik hun gjør i dag.

I e-post av 30. august konkretiserte A sitt ønske til en lørdag fast pr. måned. Arbeidsgiver bekreftet i e-post samme dag, samt i e-post av 3. september, at de skulle se nærmere på dette, og komme tilbake til A.

I e-post av 4. september 2017 utvidet A sitt ønske til å få en lørdag og en søndagsvakt fast utover hennes stillingsstørrelse.

I e-post av 11. september 2017 avslo arbeidsgiver krav om stillingsutvidelse og begrunnet avslaget med at det ikke var ønskelig å dele opp helgestillingene.

I brev datert 19. september 2017 fremsatte arbeidstaker krav om utvidet stilling tilsvarende faktisk arbeidstid og gjentok kravet om fortrinnsrett.

I brev datert 4. oktober 2017 avslo arbeidsgiver kravet om stillingsutvidelse med en fast helg med henvisning til arbeidsmiljøloven § 10-8 (4) og § 10-10 (1).

Vaktoversikt forelagt nemnda viser at A har arbeidet 229 timer utover avtalt arbeidstid i perioden fra og med 19. september 2016 til og med 18. september 2017. Full stilling utgjør 1846 timer per år.

Saken ble brakt inn for tvisteløsningsnemnda ved brev datert og poststempelt 5. oktober 2017.

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

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidstaker:

- brev datert 5. oktober 2017
- brev datert 8. november 2017
- tre e-poster av 10. januar 2018

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev datert 13. oktober 2017
- brev datert 13. november 2017

Arbeidstakers anførsler

A anfører i det vesentligste at hun jevnlig har tatt ekstravakter og arbeidet utover sin stillingsprosent. A skal ha søkt på flere utlyste stillinger, men opplever at ufaglærte og nyansatte prioriteres foran henne. Helgestillingen som ble utlyst i august 2017 ble gitt til noen andre i stedet for å utvide As stilling med en helg, slik hun ønsket. Dette er i strid med hennes fortrinnsrett. A mener hun har rett til utvidet stilling både etter reglene om fortrinnsrett og om utvidet stilling tilsvarende faktisk arbeidstid.

Arbeidstaker foreslår følgende stillingsutvidelse: 3 faste vakter pr. måned i tillegg til sin faste stilling. Av helsemessige årsaker må disse vaktene være senvakter.

Månedens første arbeidshelg: senvakt fredag, lørdag og søndag som etter dagens turnus, og senvakt mandag.

Månedens andre arbeidshelg: lørdag og søndag som etter dagens turnus, og senvakt mandag.

Arbeidsgivers anførsler

B kommune anfører i det vesentligste at A ikke har levert søknad til noen av de utlyste stillingene, og kan derfor ikke se at det foreligger noen omtvistet stilling.

For å overholde arbeidsmiljølovens bestemmelser etter § 10-8 (4) og § 10-10 (1) var eneste mulighet for å imøtekomme As ønske, å øke hennes stilling med en ekstra dagvakt på lørdag. Dette medfører imidlertid en oppdeling av eksisterende stilling. En slik oppdeling vil føre til at man står igjen med en stilling på 10 prosent og arbeid annenhver søndag. Det vil være vanskelig å rekruttere til en slik stilling. Kvaliteten på tjenesten vil også bli redusert ved så lav tilstedeværelse ved boligen. Personer med utviklingshemming og manglende språk har behov for tjenesteytere som kjenner dem godt.

Arbeidsgiver har tilbudt A utvidet stilling til 32 prosent som miljøarbeider ved X boliger, der en stilling økes med arbeid fredag eller mandag i forbindelse med helg hun allerede er oppsatt på i sin turnus. Arbeidsgiver anfører at ingen arbeidstaker kan kreve kun senvakter som en varig løsning.

Tvistløsningsnemndas merknader

Krav om fortrinnsrett etter arbeidsmiljøloven § 14-3

Frist for å bringe saken inn for tvisteløsningsnemnda er fire uker etter at arbeidsgivers skriftlige avslag er kommet frem til arbeidstaker, jf. forskrift om tvisteløsningsnemnd etter arbeidsmiljøloven § 4 (1).

Etter at arbeidstaker fremsatte krav om fortrinnsrett hadde partene en e-postkorrespondanse hvor arbeidstaker presiserte hvilke dager hun ønsket utvidet stilling med. Nemnda legger derved til grunn at arbeidsgiver avsto kravet ved e-post av 11. september, hvor de begrunnet avslaget med at det ikke var ønskelig å dele opp helgestillingene. Saken er dermed fremsatt rettidig.

Tvist mellom arbeidsgiver og arbeidstaker om fortrinnsrett for deltidsansatte og om *rett til stilling for deltidsansatte tilsvarende faktisk arbeidstid* kan bringes inn for tvisteløsningsnemnda, jf. arbeidsmiljøloven § 17-2 (1), § 14-3 (4) og § 14-4 a (2). I henhold

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

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). Ved vurderingen av om arbeidstaker er kvalifisert kan det, i henhold til lovens forarbeider, tas hensyn til både faglige og personlige forutsetninger.

Arbeidsgiver anfører at A ikke kan kreve fortrinnsrett da hun ikke har søkt på de ledige stillingene.

Loven oppstiller ingen formkrav til hvordan fortrinnsrett for deltidsansatte skal gjøres gjeldende. Nemnda legger imidlertid 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.

Nemnda legger til grunn at arbeidstaker gjorde fortrinnsretten gjeldende ved e-post av 12. august 2017, hvor hun henviste til utlyst helgestilling og spurte om det var mulig å få utvidet sin stilling med en helg fast pr. måned, alternativt en lørdag ekstra i måneden.

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 19,48 prosent hvor hun arbeider lørdag og søndag annenhver helg. Hun har fremsatt krav om en ekstra helg i måneden, alternativt en lørdag ekstra i måneden. Etter Høyesteretts dom gir ikke arbeidsmiljøloven § 14-3 rett til å tre inn i en del av en utlyst stilling. Videre kan hun heller ikke gå inn i hele den utlyste helgestillingen uten å komme i konflikt med arbeidsmiljøloven § 10-8 (4) og § 10-10 (1). Nemnda trenger derfor ikke å gå inn på om de øvrige vilkårene i loven er oppfylt.

Nemnda vil avslutningsvis bemerke at det er uheldig at arbeidsgiver ikke har gjennomført drøftinger i henhold til arbeidsmiljøloven § 14-3 (3).

Konklusjon

Arbeidstaker gis ikke medhold vedrørende krav om fortrinnsrett.

Krav om rett til stilling 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). 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. Tolv månedersperioden skal beregnes med utgangspunkt i det tidspunkt arbeidstaker fremmet sitt krav.

Arbeidstaker fremsatte sitt krav for arbeidsgiver 19. september 2017. 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 19. september 2016 til og med 18. september 2017.

Vaktoversikt forelagt nemnda viser at A har arbeidet 229 timer utover avtalt arbeidstid i denne perioden. Full stilling utgjør 1846 timer per år.

Vilkåret om at den deltidsansatte har arbeidet «jevnlign» utover avtalt arbeidstid byr på en konkret og skjønsmessig vurdering som i første instans vil være overlatt til tvisteløsningsnemnda der partene ikke selv blir enige.

Nemnda viser til at det fremkommer 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.

Etter nemndas forståelse av kravet til jevnlighet kan ikke A ha krav på økt stilling. Det har vært flere lengre opphold i merarbeidet. Det har blant annet ikke blitt utført merarbeid i juni til september 2017. A har avvirket 5 uker ferie i perioden. Nemnda kan imidlertid ikke se at merarbeidet har hatt tilstrekkelig omfang, hyppighet og stabilitet i tolv månedersperioden. Nemnda har etter dette kommet til at A ikke fyller kravene i § 14-4 a, og derfor ikke kan få medhold.

Nemnda har merket seg at arbeidstaker har blitt tilbudt en økning av sin stilling til 32 prosent som miljøarbeider ved X boliger. Økningen er tilpasset arbeidstakers turnus.

Konklusjon

Arbeidstaker gis ikke medhold.

Tvisteløsningsnemnda

Anne Marie Due
leder

25.01.2018

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).