



Vedtaksdato
29. oktober 2019

Vår referanse
2019/23843

Saksbehandler
Nina N. Hermansen

VEDTAK NR 145/19 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Tvisteløsningsnemnda avholdt møte torsdag 24. oktober 2019.

Ved behandlingen av saken var Tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Steffen Rogstad, nestleder
Tore Trygve Dahlstrøm, Unio
Gry Brandshaug Dale, KS

Saken gjelder

Tvist om fortrinnsrett for deltidsansatte etter arbeidsmiljøloven 14-3 - 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 butikkselger i stilling på 5 prosent i B, avdeling X.

Den 24. april 2019 fremsatte A krav om utvidet stilling og henviste til arbeidsmiljøloven § 14-3 fortrinnsrett for deltidsansatte og § 14-4 a stillingsutvidelse på grunnlag av utført merarbeid.

Kravet ble avslått av arbeidsgiver i e-post av 2. mai 2019.

B, avdeling X har ansatt to midlertidige stillinger frem til 31. desember 2019. En ble ansatt i 15 prosent stilling fra 18. juli 2019 og en ble ansatt i 5 prosent stilling fra 19. juli 2019.

Det er seks ansatte i butikken. Herunder butikksjef i 100 prosent stilling, en stk. i 50 prosent stilling, en stk. i 15 prosent stilling og tre stk. i 5 prosent stilling.

Saken ble brakt inn for Tvisteløsningsnemnda ved e-post av 14. mai 2019. Overfor nemnda har begge parter fått anledning til å komme med utfyllende merknader i saken.

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidstaker:

- e-post av 14. mai 2019
- e-post av 16. mai 2019
- e-post av 6. juni 2019
- e-post av 17. september 2019
- e-post av 25. september 2019
- e-post av 1. oktober 2019

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev datert 17. september 2019
- e-post av 27. september 2019 med vedlegg
- e-post av 4. oktober 2019 med vedlegg
- e-post av 16. oktober 2019 med vedlegg
- e-post av 17. oktober 2019

Arbeidstakers anførsler

A anfører i det vesentligste at hun har fortrinnsrett til utvidet stilling og rett til utvidet stilling tilsvarende faktisk arbeidstid. Arbeidstaker kjenner seg ikke igjen i påstandene fra arbeidsgiver.

Arbeidsgivers anførsler

B anfører i det vesentligste:

Vedrørende kravet om rett til stilling tilsvarende faktisk arbeidstid

Arbeidstaker har ikke rett til stilling tilsvarende faktisk arbeidstid ettersom behovet for merarbeid er bortfalt. A har utført merarbeid fordi butikken i et større tidsrom har hatt 1,5 årsverk sykefravær. Behovet for As merarbeid er gradvis redusert etter at de fikk tilsatt ny butikksjef fra og med 1. mars 2019, samt at de ansatte to midlertidige medarbeidere.

Rutinen i B er at vaktlistene skal komme den 15. i måneden før vaktlisten skal gjelde. I noen tilfeller kan vaktlisten ha blitt formidlet litt for sent. Det er ikke lagt opp til at de ansatte formelt skal meddele at vaktlisten er ok. Dersom vaktlisten ikke passer skal den ansatte informere butikksjef om dette så raskt som mulig.

Vedrørende kravet om fortrinnsrett

Arbeidstaker har ikke fortrinnsrett til utvidet stilling. Den 18. juli 2019 ansatte de en midlertidig deltidsmedarbeider i stilling på 15 prosent og den 19. juli 2019 ansatte de en midlertidig deltidsmedarbeider i stilling på 5 prosent. Dette ble gjort for å sikre fleksibilitet i teamet, samt dekke opp for en som er 50 prosent langtidssykemeldt. A har ikke blitt tilbudt høyere stilling fordi hennes arbeidsinnsats ikke har forbedret seg etter gjentatte beskjeder.

Tvistløsningsnemndas merknader

Tvist mellom arbeidsgiver og arbeidstaker om fortrinnsrett og rett til stilling for deltidsansatte tilsvarende faktisk arbeidstid kan bringes inn for Tvisteløsningsnemnda, jf. arbeidsmiljøloven § 17-2 (1), § 14-3 (5) og § 14-4 a (2). I henhold til forskrift om tvisteløsningsnemnd etter arbeidsmiljøloven § 2 settes nemnda med nestleder og to faste medlemmer.

Vedrørende kravet om rett til stilling tilsvarende faktisk arbeidstid

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.

Arbeidstaker fremsatte sitt krav for arbeidsgiver 24. april 2019. 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 24. april 2018 til og med 23. april 2019. Vaktoversikt forelagt nemnda viser at A har arbeidet 1052 timer utover avtalt arbeidstid i perioden fra og med april 2018 til og med april 2019. Full stilling utgjør 1950 timer per år.

Uenigheten mellom partene i denne saken gjelder hvorvidt behovet for A sitt merarbeid er bortfalt.

Nemnda vil først ta stilling til hvilke vakter som skal tas med i beregningsgrunnlaget.

De ansatte har fått beskjed muntlig og på e-post at de måtte påregne å arbeide mer enn sine faste stillinger i en periode på grunn av sykefravær.

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 stillingsandel den deltidsansatte formelt har. Etter nemndas oppfatning vil derfor alt arbeid utover den formelle stillingsandelen som utgangspunkt anses som «arbeid utover avtalt arbeidstid». Forarbeidene avgrensner imidlertid kriteriets anvendelsesområde 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».

Det foreligger ingen midlertidige kontrakter mellom B og A om ekstraarbeid. Nemnda finner derfor at alt arbeid utover As faste stilling er merarbeid og skal tas med i beregningsgrunnlaget.

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 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.

Det er ikke omtvistet mellom partene at A merarbeid er utført jevnlig og nemnda legger også dette til grunn. Merarbeidet i denne saken går etter nemndas oppfatning utover det sporadiske. Selv om det har 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 og at behovet gradvis er redusert fordi de har ansatt ny butikksjef i 100 prosent stilling, samt ansatt to midlertidige deltidsansatte på tilsammen 20 prosent stilling ut 2019. Det er også forespeilet at en arbeidstaker som er 50 prosent sykemeldt skal være tilbake i jobb innen årsskiftet.

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) 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.»

Tilsvarende må gjelde der behovet for merarbeid må forventes å bortfalle som følge av at arbeidsgiver har foretatt eller er i ferd med å foreta nyansettelser. Eller kan legge til grunn at arbeidstakere snarlig vil vende tilbake til virksomheten etter syke- eller permisjonsopphold e.l.

Ordlyden krever at arbeidsgiver kan dokumentere at behovet for merarbeidet ikke lenger foreligger, og kravene til dokumentasjonen er i noen grad kommentert i forarbeidene. I Prop. 83 L (2012-2013) s. 78 heter det:

«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.»

På s. 86 heter det:

«Arbeidsgiver må i tilfelle legge fram konkret dokumentasjon som kan sannsynliggjøre at virksomheten ikke lenger har samme behov for merarbeidet.»

Slik denne saken er opplyst har nemnda kommet til at arbeidsgiver ikke i tilstrekkelig grad har dokumentert at behovet for merarbeid var bortfalt i sin helhet eller kom til å falle helt bort i nær fremtid. De har ansatt en ny butikksjef i 100 prosent stilling, to midlertidige på tilsammen 20 prosent og det er forespeilet at en sykemeldt i stilling på 50 prosent vil være tilbake i jobb innen årsskiftet. Av timeoversikten kan nemnda se at As merarbeid har gått betraktelig ned fra januar 2019 og ut beregningsperioden. Ny butikksjef ble tilsatt 1. mars 2019. Arbeidstaker har fortsatt utført merarbeid i mars og april 2019 og nemnda finner det ikke tilstrekkelig sannsynliggjort at behovet for As merarbeid har bortfalt eller kommer til å bortfalle i sin helhet.

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. Det følger imidlertid av forarbeidene at en slik metode ikke skal følges slavisk, og det heter i forarbeidene at det «bør imidlertid være åpent for å benytte et visst skjønn i vurderingen». Nemnda ser det slik at det er arbeidsgivers stabile og varige behov for økt arbeidskraft som skal fylles, og at nemnda derfor skal fastsette en stillingsutvidelse i samsvar med det ekstraarbeidet som kan sies å være uttrykk for et slikt behov. Det må bl.a. bety at svært intense perioder med ekstraarbeid, f.eks. ved ferieavvikling eller i kortere perioder med typiske sesongsvingninger eller ekstraordinært sykefravær, ikke uten videre vil gi full uttelling ved fastsettelse av ny stillingsprosent.

Nemnda finner at A har rett til en skjønnsmessig utvidelse av stillingen med 15 prosent. Sammen med As faste stilling utgjør dette en stillingsprosent på 20.

Konklusjon

Arbeidstaker har rett til økning av sin stilling med en stillingsprosent på 15.

Vedrørende krav om fortrinnsrett

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

Det fremgår av lovens ordlyd at fortrinnsretten gjelder «utvidet stilling». I forarbeidene til arbeidsmiljøloven § 14-3 (Innst. O. nr. 100 for 2004-2005 pkt. 17.2) presiseres det at retten gjelder stillinger med om lag samme arbeidsoppgaver som den deltidsansatte allerede utfører i sin faste stilling. Dette er også lagt til grunn i nemndas praksis.

Det er ikke omtvistet mellom partene at de to midlertidige stillingene på tilsammen 20 prosent er å anse som en utvidelse av A faste stilling. Arbeidsgiver har opplyst at A ikke har blitt tilbudt høyere stilling fordi hennes arbeidsinnsats ikke har forbedret seg etter gjentatte beskjeder. Nemnda forstår dette som at arbeidsgiver anfører at A ikke er kvalifisert for høyere stillingsprosent.

Nemnda legger i tråd med partenes opplysninger til grunn at A oppfyller de formelle krav for de to midlertidige stillingene og at hennes nåværende stilling inneholder de samme oppgaver. Den aktuelle endringen er således utelukkende knyttet til at As stillingsandel vil øke fra 5 til 25 prosent. Nemnda finner på grunnlag av en konkret vurdering av sakens dokumenter og partenes opplysninger at arbeidsgiver ikke i tilstrekkelig grad har underbygget påstandene om at A ikke er kvalifisert.

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

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.»

Arbeidsgiver har anført at de gjorde de to midlertidige ansettelsene for å få mer fleksibilitet i teamet og fordi en ansatt i 50 prosent stilling er langtidssykemeldt.

Nemnda har etter en konkret vurdering kommet til at det ikke er sannsynliggjort at det vil medføre vesentlig ulempe for virksomheten at A gis fortrinnsrett til de to midlertidige stillingene på tilsammen 20 prosent. Arbeidsgiver har ikke tilstrekkelig konkretisert hva som eventuelt vil være en vesentlig ulempe ved å gi arbeidstaker fortrinnsrett til utvidet stilling. Arbeidsgiver har vist til at de ønsker mer fleksibilitet i teamet og at de ønsker å erstatte en arbeidstaker som er 50 prosent sykemeldt. I tillegg har arbeidsgiver vist til at de ikke har gitt A utvidet stilling fordi hennes arbeidsinnsats ikke har forbedret seg etter gjentatte beskjeder. Nemnda kan ikke se at dette utgjør en vesentlig ulempe i lovens forstand.

Nemnda vil avslutningsvis bemerke at det er uheldig at arbeidsgiver ikke har gjennomført drøftinger i henhold til arbeidsmiljøloven § 14-3 (3). Videre angående arbeidstakers anførsler om at hun ikke blir tildelt ekstravakter, så har nemnda slått fast i tidligere vedtak, se eksempelvis 04/15, 14/16 og 43/16 at fortrinnsretten etter § 14-3 ikke gjelder ekstravakter. Slike vakter anses etter nemndas praksis verken som en «utvidet stilling» eller som en «ny ansettelse» i § 14-3s forstand. Videre vises det til at arbeidsmiljøloven ikke gir noen veiledning om hvordan man skal prioritere mellom flere ansatte når det gjelder tildeling av ekstravakter. Det må i utgangspunktet tilligge arbeidsgiver å foreta denne prioriteringen.

Konklusjon

Ansettelsen av to midlertidige deltidsansatte var i strid med A fortrinnsrett etter arbeidsmiljøloven § 14-3.

Tvisteløsningsnemnda

Steffen G. Rogstad
Nestleder

29. oktober 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).