



Tvisteløsningsnemnda

Vedtaksdato
10.11.2023

Vår referanse
2023/110

Saksbehandler
Mona Ekelund

VEDTAK NR 120/23 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Sakens tema

Twist om deltidsansattes rett til stilling tilsvarende faktisk arbeidstid etter arbeidsmiljøloven § 14-4 a mellom A og B.

Vedtak

A har rett til stillingsutvidelse etter arbeidsmiljøloven § 14-4 a. A har rett til en stilling på 88,20 prosent.

Nemndas sammensetning

Steffen Rogstad, nestleder

Vetle Wetlesen Rasmussen, YS, fast medlem arbeidstakersiden

Andreas Dag Nilsen, KS, fast medlem arbeidsgiversiden

Sakens bakgrunn

A er fast ansatt som deltidsekspeditor i stilling på 26 timer per uke (ca. 70 prosent) i B. A arbeider i salgsavdelingen, for tiden med tjeneste i butikken C. Arbeidstiden gjennomsnittsberegnes.

A har vært ansatt siden 1999 og har hatt mange ulike midlertidige stillingsutvidelser fordi butikken styrer timeforbruket etter en produktivitetsmodell som i hovedtrekk baserer seg på volum/solgte enheter.

Den 21. februar 2023 krevde A stillingsutvidelse på grunnlag av utført merarbeid de siste 12 måneder, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

B avslo kravet i brev av 27. april 2023 og begrunnet avslaget med merarbeidet ikke var jevnlig utført.

Sakens dokumenter

A sendte saken til nemnda 24. mai 2023.

Begge parter har fått mulighet til å komme med utfyllende merknader.

A har sendt følgende til nemnda:

- brev av 24. mai 2023
- brev av 27. juli 2023
- brev av 9. august 2023

B har sendt følgende til nemnda:

- brev av 21. august 2023
- brev av 30. august 2023

Arbeidsgivers syn på saken

B hevder at A ikke kan få medhold i sitt krav, fordi omfanget er lavere enn hun opplyser og merarbeidet er ikke jevnlig utført. Uansett har behovet for merarbeidet falt bort.

Timer som er avtalt arbeidstid

Arbeidsgiver har sett bort fra timer der A har hatt lovlige midlertidige ansettelse som har vært forutberegnelige. Dette gjelder arbeid som vikar/ferievikar og i høysesong. Dessverre er det flere midlertidige arbeidsavtaler som ikke er inngått skriftlig, som når A har vært vikar eller det har vært ekstraordinært behov.

Arbeidsgiver viser også til at mange av vaktene A har ført som merarbeid skal tas ut på grunn av at det var arbeid av midlertidig karakter, slik som personalmøte og ombygging av butikken.

Det er også to vakter som inngår i hennes faste stilling på til sammen 11 timer som ikke skal tas med, i tillegg til en dag hun hadde fri og er oppført med 7,75 timer.

Merarbeidet er ikke utført jevnlig

I tre av månedene i 2022 har A utført tilnærmet null timer merarbeid og i seks av månedene er det kun 6,5 – 10,5 timer mertid. Merarbeidet har ikke et stort omfang og representerer ikke et hyppig og stabilt behov hos arbeidsgiver.

Behovet for merarbeidet har falt bort

Timeforbruket i 2022 fram til september var kunstig høyt. For å gi de ansatte forutsigbarhet og justere stillingsstørrelser til nytt omsetningsnivå etter pandemien, brukte virksomheten lang tid på å avvikle midlertidige avtaler. Omsetningen mars 2022 – februar 2023 er redusert med 13,5 prosent sammenlignet med mars 2021- februar 2022. Kravet til butikkens produktivitet i 2022 var 6400 timer, mens det i 2023 er 5504 timer. En nedgang på 900 timer er nokså stort for en butikk av denne størrelsen.

Arbeidstakers syn på saken

A hevder at hun har rett til stillingsutvidelse tilsvarende 339,25 timer merarbeid i beregningsperioden.

A viser til at hun har vært uønsket deltidsansatt i B i 24 år og at hun regelmessig har påtatt seg ekstravakter for å få økonomien til å gå rundt. Situasjonen er uforutsigbar, og hun har flere ganger ytret ønske om å arbeide heltid overfor arbeidsgiver.

Hun har ikke hatt noe lengre fravær eller opphold i sin avtalte arbeidstid. Samlet har hun arbeidet 1691 timer i beregningsperioden, som tilsvarer en stillingsprosent på 86,7.

Alle oppførte timer skal med

Det foreligger ingen midlertidige avtaler av den typen forarbeidene viser til som dekker noen av vaktene utenom den faste stillingen i beregningsperioden, og årsaken til merarbeidet har ikke betydning.

Ekstravaktene tildeles fortløpende og avhenger av hvor stort behov det til enhver tid er for arbeidskraft. Normalt tildeles vaktene kun et par dager til maks en uke i forveien, og noen ganger samme dag.

Det er arbeidsgivers ansvar å bemanne butikken tilstrekkelig til enhver tid, og å ta høyde for høysesonger som kommer hvert år.

Merarbeidet er utført jevnlig

Det er ikke noen lengre opphold i merarbeidet og A har ikke noe ugyldig fravær.

Behovet for merarbeidet er fortsatt til stede

A påtar seg fortsatt ekstravakter/ekstratimer regelmessig, noe som viser at det fremdeles er behov for hennes merarbeid.

Lovgrunnlag og hva partene er uenige om

Etter arbeidsmiljøloven § 17-2 har Tvisteløsningsnemnda myndighet til å avgjøre tvister etter arbeidsmiljøloven § 14-4 a:

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 merarbeid ikke lenger foreligger. Tolvmånedersperioden skal beregnes med utgangspunkt i det tidspunkt arbeidstaker fremmet sitt krav.

I denne saken er partene uenige om hvilke vakter som skal inngå i beregningsgrunnlaget, om merarbeidet har vært jevnlig utført og om behovet har falt bort.

Nemndas begrunnelse

Nemnda har enstemmig kommet til at arbeidstaker får medhold i sitt krav.

Nemnda har gjort disse vurderingene:

Tolvmånedersperioden

Etter bestemmelsens ordlyd og fast praksis i nemnda, er siste dag i tolvånedersperioden dagen før arbeidstaker fremmet kravet. A fremmet kravet 21. februar 2023. Den relevante perioden (beregningsperioden) i denne saken er dermed fra og med 21. februar 2022 til og med 20. februar 2023.

Hvor mange timer har A arbeidet utover avtalt arbeidstid?

Nemnda har kommet til at A har arbeidet 320,75 timer utover avtalt arbeidstid i tolvånedersperioden.

Både arbeid etter fast deltidstilling og etter midlertidige arbeidsavtaler, for eksempel vikariater, regnes som avtalt arbeidstid. Dette inngår derfor ikke i beregningsgrunnlaget. Dette står i forarbeidene til bestemmelsen (Prop. 83 L for 2012-2013, pkt. 4.4.4.2).

Partene er enige om at det ikke er inngått noen skriftlige avtaler om arbeid utover den faste stillingen i den aktuelle beregningsperioden. Ekstravaktene har blitt fortløpende tildelt med ulik forutberegnelighet i et app-basert vakttildelingsystem. Dette er etter nemndas oppfatning og faste praksis typisk merarbeid som skal inngå i beregningsgrunnlaget.

Hvis det ikke er inngått en avtale om en midlertidig stillingsutvidelse, regnes merarbeid som «arbeid utover avtalt arbeidstid» uansett årsaken til merarbeidet. Dette står i forarbeidene til bestemmelsen (Prop. 83 L for 2012-2013, pkt. 4.4.4.2) og er fast praksis i nemnda.

Nemnda har derfor kommet til at merarbeid som skyldes andres fravær, personalmøter, høysesong og ombygging av butikk skal inngå i beregningsgrunnlaget.

Arbeidsgiver viser til at tre vakter på til sammen 18,75 timer som A hevder er merarbeid, er vakter i den faste stillingen.

Nemnda kan ikke se at dette går fram av dokumentasjonen i saken. To vakter på 5,5 timer den 4. juni og den 31. desember fremstår i timelistene likt som øvrige merarbeidsvakter.

En vakt på 7,75 timer 16. februar er oppført som kompensasjonsdag i timelistene og arbeidsgiver viser til at dette dermed ikke er merarbeid.

Arbeidsgiver viser til at to vakter på til sammen 10,75 timer som A hevder er merarbeid, er dager hun har hatt fri. Nemnda viser til at de samme timene er oppført som fridager i timeføringssystemet Quinyx.

Nemnda har etter dette kommet til at alle timene utenom kompensasjonsdagen og to fridager skal tas med i beregningsgrunnlaget. A har dermed arbeidet 320,75 timer utover avtalt arbeidstid i løpet av tolv månedersperioden.

Er merarbeidet utført jevnlig?

Nemnda har kommet til at merarbeidet har vært av et slikt omfang og med en hyppighet og stabilitet at vilkåret om at det skal være utført jevnlig er oppfylt.

Det er et vilkår at den deltidsansatte har arbeidet «jevnlig» utover avtalt arbeidstid. I forarbeidene (Prop. 83 L for 2012-2013) står det at man må vurdere merarbeidets hyppighet, omfang og stabilitet. Det må være utført et visst merarbeid gjennom hele beregningsperioden, men det kan være opphold i merarbeidet, for eksempel ved fravær som ferie eller sykefravær. Det er heller ikke nødvendig at merarbeidet er utført ukentlig e.l.

Nemnda viser til at A har utført merarbeid hver måned i beregningsperioden uten at det er noen opphold av betydning mellom ekstravaktene. Bortsett fra de fire ukene hun avviklet sommerferie, er det kun noen få spredte enkeltuker der hun ikke har utført merarbeid. Merarbeidet varierer fra ca. 6 til over ca. 50 timer per måned.

Har B dokumentert at virksomheten ikke lenger har behov for A sitt merarbeid?

Nemnda har kommet til at B ikke har dokumentert at det ikke lenger vil være behov for A sitt merarbeid.

Arbeidsgiver må dokumentere at virksomheten ikke har behov for merarbeidet i tiden framover. Dette følger av lovens ordlyd og forarbeidene.

Planer om endringer i bemanningen må være konkrete og aktuelle å gjennomføre. Endringene må også redusere behovet for merarbeid i den avdelingen eller enheten der det er utført. Dette følger av forarbeidene og nemndas praksis.

Utrekning av ny stillingsprosent

For å komme fram til riktig stillingsutvidelse må nemnda beregne hvor stor stillingsprosent merarbeidet utgjør i forhold til en full stilling. I en full stilling ville A arbeidet 1762,5 timer,

når ferien hun har rett til på (25 dager) er trukket fra. A sitt merarbeid er 320,75 timer. A har dermed utført merarbeid tilsvarende 18,20 prosent stilling og dette er utvidelsen A har rett til.

Konklusjon

A har rett til stillingsutvidelse etter arbeidsmiljøloven § 14-4 a. A har rett til en stilling på 88,20 prosent.

Tvisteløsningsnemnda

Steffen Rogstad
Nestleder

10. november 2023