



Tvisteløsningsnemnda

Vedtaksdato
16.02.2024

Vår referanse
2023/206

Saksbehandler
Mona Ekelund

SAK NR 19/24 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Sakens tema

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

Arbeidstaker

A

Arbeidsgiver

B

Vedtak

A har rett til stillingsutvidelse etter arbeidsmiljøloven § 14-4 a.
A har rett til ytterligere 19,7 prosent stilling.

Nemndas sammensetning

Steffen Rogstad, nestleder
Jan Eikeland, Akademikerne, fast medlem arbeidstakersiden
Andreas Dag Nilsen, KS, fast medlem arbeidsgiversiden

Sakens bakgrunn

A er fast ansatt som deltidsekspeditor i stilling på 40 prosent (15 t per uke) i B, [avdeling 1]. Hun kom fra stilling ved [avdeling 2] den 1. juni 2023.

Den 21. februar 2023 krevde A stillingsutvidelse på grunnlag av utført merarbeid de siste 12 måneder etter arbeidsmiljøloven § 14-4 a. A viste også til grunnbemanningsregelen.

Merarbeidet er i hovedsak utført i butikkene [avdeling 2] i 2022 og ved [avdeling 3] i 2023.

B innvilget kravet delvis i brev av 4. september 2023. B viste til at grunnbemanningsregelen ikke var anvendelig og ga A stilling tilsvarende 19 timer per uke/50 prosent i butikken i [avdeling 1] etter arbeidsmiljøloven § 14-4 a med virkning fra 9. oktober 2023.

Etter at kravet ble fremsatt har A utført merarbeid mellom ca. 22 og 61 timer per måned ved butikkene [avdeling 3] og [avdeling 1].

Sakens dokumenter

A sendte saken til nemnda 29. september 2023. Begge parter har fått mulighet til å komme med utfyllende merknader.

A har sendt følgende til nemnda:

- brev av 29. september 2023
- brev av 17. oktober 2023
- brev av 12. januar 2024

B har sendt følgende til nemnda:

- brev av 20. november 2023
- brev av 6. desember 2023
- brev av 24. januar 2024

Arbeidsgivers syn på saken

B hevder at A ikke kan få ytterligere stillingsutvidelse fordi behovet for merarbeid utover 19 timer per uke har falt bort.

Hvis nemnda ikke anser behovet som bortfalt, er i alle fall omfanget av merarbeidet vesentlig lavere enn kravet.

A har arbeidet 523,25 timer ekstravakter i beregningsperioden.

A kan uansett ikke ha rett til stillingsutvidelse ved [avdeling 2]. Hun har byttet butikk etter eget ønske og det er gjort en omrokering slik at det ikke er noen ledige stillinger der.

Bortfalt behov

Årsaken til merarbeidet ved [avdeling 2] skyldtes et ekstra behov på grunn av ferie og fridager, permisjoner og sesongsvingninger. Kravet representerer ikke behovet ved [avdeling 2]. Flere er tilbake etter permisjon hhv. 27.oktober2022 og 10. januar 2023, og det er gjort ansettelse i en fulltidsstilling. Behovet har falt bort for disse timene:

- 87,75 timer for sykefravær og permisjoner
- 28,50 timer for kompetansehevende tiltak
- 161,5 timer for ferie og fridager
- 59,50 timer for tillitsvalgteiser og tjenestereiser

Dette understøttes av at det er dokumentert at A ikke har hatt merarbeid ved [avdeling 2] etter beregningsperioden.

Når det gjelder behovet for merarbeid ved [avdeling 1], viser arbeidsgiver til at salget har gått noe tilbake etter at ny butikk ved [avdeling 4] ble etablert. Dette går fram av resultatoversikt for 2023.

Det er ikke lenger behov for merarbeidet på 15,5 timer som er utført ved andre butikker.

Et eventuelt videre behov for merarbeid ved sesongsvingninger og ferieavvikling/fravær må fordeles på øvrige ansatte. Det gjenstående behovet etter dette vil ikke oppfylle jevnlighetskriteriene, men er typiske svingninger som ifølge forarbeidene ikke er tilstrekkelig for å få utvidet stilling etter § 14-4 a.

Omfanget av merarbeid er lavere enn kravet

Følgende ekstravakter anses uansett ikke som merarbeid etter § 14-4 a:

Kompetansehevende tiltak, 28,5 timer, er frivillig og lønnet selv om det ikke «arbeid».

10 timer av merarbeidet er regulert gjennom særavtale på aftensdager og må anses som avtalt arbeidstid. Dette er frivillig, planlagt i god tid og godtgjøres med 200 prosent lønn. Ansatte som har arbeidsdag kompenseres med fridag på påskeaften og nyttårsaften.

Timer der A har vært fraværende på ekstravakt, 5,75 timer, er ikke merarbeid.

Arbeidstakers syn på saken

A hevder at hun har rett til ytterligere stillingsutvidelse og viser til arbeidsgivers oversikt der det går frem at hun har arbeidet 523,5 timer merarbeid i beregningsperioden. Arbeidsgiver har ikke lagt fram konkret dokumentasjon som viser at behovet for merarbeidet har falt bort slik det kreves av ordlyd og forarbeider.

Alle ekstravakter skal med i beregningsgrunnlaget

Det er ikke inngått noen midlertidige arbeidsavtaler. A har under og etter beregningsperioden, jevnt over og fortløpende fått tildelt ekstravakter gjennom [...]app. Dette er gjennomgående uforutsigbart. Årsaken til merarbeidet er ikke relevant.

Særavtale om helligdagsvakter er mellom arbeidsgiver og tillitsvalgte. Den gir ingen informasjon om når eller hvor mye den enkelte skal arbeide og er ikke en individuell arbeidsavtale som regulerer konkret fremtidig arbeidstid.

Oppdekking av kollegers ferieavvikling, sykefravær, permisjoner, er merarbeid og det har ikke betydning i hvilken butikk merarbeidet er utført.

Kompetansehevende tiltak er en del av jobben og kompenseres med vanlig lønn. Det er irrelevant at de ansatte deltar frivillig. Også dette er merarbeid.

Ettersom årsaken til merarbeidet er irrelevant, skal også ekstravakter knyttet til butikksjefens tillitsvalgtreiser og tjenestereiser, og høysesong anses som merarbeid.

Behovet for merarbeidet er ikke dokumentert bortfalt

Arbeidsgiver har fortsatt et stort behov for As merarbeid selv om noen medarbeidere er tilbake fra permisjon. I perioden etter kravet fra februar til og med desember 2023, har A utført 430 timer merarbeid. A er også åpen for å jobbe i annen butikk i nærheten eller gå tilbake til [avdeling 2] eller [avdeling 3].

Det er arbeidsgivers ansvar å bemanne butikken tilstrekkelig og ta høyde for høysesonger, dette behovet kommer hvert år.

Det vil alltid være behov for kompetansehevende tiltak.

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 merarbeidet ikke lenger foreligger. Tolv månedersperioden skal beregnes med utgangspunkt i det tidspunkt arbeidstaker fremmet sitt krav.

Slik nemnda forstår denne saken er partene er uenige om hvor mye merarbeid A har utført og om behovet for deler av det har falt bort.

Nemndas begrunnelse

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

Nemnda har gjort disse vurderingene:

Tolv månedersperioden

Etter bestemmelsens ordlyd og fast praksis i nemnda, er siste dag i tolv månedersperioden 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 523,5 timer utover avtalt arbeidstid i tolv månedersperioden. Dette tilsvarer ekstravaktene arbeidsgiver opplyser at hun har utført.

Både arbeid etter fast deltidsstilling 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).

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 viser til at det er enighet om at A har ikke hatt skriftlige avtaler om midlertidig stillingsutvidelse i beregningsperioden. Nemnda viser ellers til forarbeidene der det er understreket at årsaken til arbeidet ikke har betydning for om det anses som merarbeid eller ikke. Dette innebærer at alle timene A har arbeidet utenom den faste stillingen er «arbeid utover avtalt arbeidstid».

Nemnda presiserer at også kurs/kompetanseheving i regi av arbeidsgiver, som også er lønnet av arbeidsgiver, og arbeid i andre butikker enn den faste anses som merarbeid etter § 14-4 a så lenge det ikke er inngått skriftlig avtale om dette.

Når det gjelder særavtale for helligdager, bemerker nemnda at dette ikke er den type midlertidig stillingsutvidelse som forarbeidene viser til. Særavtalen er inngått på virksomhetsnivå og gir ingen forutsigbarhet med hensyn til når eller hvor mye en arbeidstaker skal jobbe.

Når det gjelder ca. 5 timer arbeidsgiver opplyser at A har vært fraværende på ekstravakter, viser nemnda til at dette ikke går fram av de innsendte timelistene.

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

Nemnda har kommet til at B ikke har dokumentert at det ikke lenger vil være behov for deler av 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.

Nemnda viser til at B ikke har lagt frem dokumentasjon som viser at det vil være mindre behov for A sitt merarbeid framover.

Å dekke opp for kollegers fravær, enten det er ferie, kurs, permisjon eller annet, vil etter nemndas oppfatning være et vedvarende behov hos arbeidsgiver. Det samme gjelder kompetansehevende tiltak.

Nemnda kan ikke se at behovet for merarbeid i forbindelse med høytider vil gå ned. Dette er slik nemnda ser det, årlig gjentakende forutsigbare behov som vil være der også i framtiden. Nemnda viser til at A har fortsatt å utføre merarbeid på mellom ca. 22 og 61 timer per måned etter beregningsperioden, ved butikkene [avdeling 3] og [avdeling 1].

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 (25 dager) er trukket fra. A sitt merarbeid er 523,5 timer. A har dermed utført merarbeid tilsvarende 29,7 prosent stilling og dette er utvidelsen A har rett til.

Ettersom A allerede har fått stillingsutvidelse med 10 prosent har hun rett til ytterligere utvidelse med 19,7 prosent, slik at ny fast stilling blir 69,7 prosent.

Tvisteløsningsnemnda

Steffen Rogstad
Nestleder

16. februar 2024