



Tvisteløsningsnemnda

Vedtaksdato
10.11.2023

Vår referanse
2023/109

Saksbehandler
Mona Ekelund

VEDTAK NR 119/23 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Sakens tema

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

Vedtak

A har ikke rett til stillingsutvidelse etter arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

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 18 timer per uke/48 prosent i B med arbeidssted avd. kjededrift, for tiden ved butikken på C. Arbeidstiden gjennomsnittsberegnes.

As stillingsstørrelse blir justert opp og ned ved midlertidige avtaler fordi butikken styrer timeforbruket etter en produktivetsmodell som i hovedtrekk baserer seg på volum/solgte enheter.

I perioden 1. september 2022 – 30. november 2022 hadde A midlertidig stillingsutvidelse i navngitt vikariat i 100 prosent stilling som auksjonsmedarbeider i avd. kategori og innkjøp.

I perioden 1. – 31. desember 2022 hadde A midlertidig avtale som auksjonsmedarbeider med 15 timer per uke i tillegg til fast stilling på 18 timer ved C.

Den 21. februar 2023 krevde A stillingsutvidelse etter grunnbemanningsregelen og utført merarbeid de siste 12 måneder, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

B avslo kravet i brev av 27. april 2023. Avslaget ble begrunnet med at grunnbemanningsregelen ikke var anvendelig og at frivillig arbeid i andre butikker ikke representerer et behov for merarbeid i butikken den faste stillingen er. B viste også til at merarbeidet ikke var jevnlig utført og at behovet under enhver omstendighet var bortfalt.

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 29. september 2023

B har sendt følgende til nemnda:

- brev av 26. oktober 2023

Arbeidsgivers syn på saken

B hevder at A ikke kan få medhold i sitt krav fordi omfanget er mye lavere enn arbeidstaker opplyser og merarbeidet som faktisk er utført ikke oppfyller kravet til jevnlighet. Behovet for merarbeidet er uansett ikke lenger til stede.

En hovedvekt av timene A hevder er merarbeid er avtalt arbeidstid

Til sammen 720,25 av 924,5 timer som A krever stillingsutvidelse på grunnlag av, er ikke merarbeid som skal inngå i beregningsgrunnlaget etter § 14-4 a.

Store deler av det anførte merarbeidet er avtalt arbeidstid, selv om enkelte timer ikke er formalisert i midlertidige ansettelseskontrakter. For eksempel når A var vikar i januar 2023 var dette avtalt før 9. november 2022 og dermed forutberegnelig for arbeidstaker. Dette går fram av dialog i Workchat og e-post mellom partene.

Enkelte timer A har anført som merarbeid er ikke utført, for eksempel fordi han har vært fraværende, eller det er hans faste vakter. Dette går fram av timeføringssystemet Quinyx.

Det er inngått skriftlige avtaler for arbeidet i perioden september – desember 2022.

Frivillig kurs innen Bs opplæringsprogram en uke i mai 2022 var planlagt i god tid.

A har frivillig tatt vakter ved andre butikker for å dekke opp for fravær og hjelpe til ved høysesong.

Ikke jevnlig

Perioden august 2022 – februar 2023 har A utført null eller tilnærmet null timer mertid. Dette er en sammenhengende periode på 7 måneder. Omfanget ellers er også lite og sporadisk, og innenfor hva man må kunne forvente som deltidsansatt.

Bortfalt behov

Kompetansehevingstiltak gjøres i størst mulig grad innenfor normal arbeidstid og timene som utgjør kurset 2. – 6. mai 2022 er det ikke noe fast behov for, i alle fall ikke i samme omfang.

Fortsatt grunnbemanning på 140 prosent ved C til tross for at det er budsjettert med en nedgang på 6 prosent i salgsvolum. Butikken har ikke behov for ytterligere fast bemanning.

Arbeidstakers syn på saken

A hevder at han har rett til stillingsutvidelse tilsvarende 924,5 timer merarbeid og viser til at arbeid etter midlertidige avtaler som dekker et varig arbeidskraftbehov ikke kan anses som «avtalt arbeidstid». Den totale arbeidsbelastningen har vært 100 prosent siden 2019. Behovet for merarbeid er fortsatt til stede fordi grunnbemanningen er for lav. A er undrende til at arbeidsgiver virker å ikke tilby ekstravakter etter at han og andre ansatte har krevd økt stilling.

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.

I denne saken er partene uenige om lovligheten av midlertidige avtaler, hvor mye merarbeid arbeidstaker har utført, om det er utført jevnlig og om behovet for hans merarbeid fortsatt er til stede.

Nemndas begrunnelse

Nemnda har enstemmig kommet til at arbeidstaker ikke 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.

Er frivillige vakter i andre butikker «arbeid utover avtalt arbeidstid»?

Nemnda har kommet til at frivillige vakter i andre butikker er «arbeid utover avtalt arbeidstid».

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 ikke foreligger noen skriftlige avtaler for de frivillige vaktene i de andre butikkene og at det er uomtvistet at det er utført for B, som er As arbeidsgiver. I forarbeidene (Prop. 83 L for 2012- 2013) pkt. 4.4.4.6, kommer det forutsetningsvis frem at også slikt ekstraarbeid er merarbeid etter § 14-4 a. At arbeidet utover avtalt arbeidstid er utført i andre butikker utelukker ikke i seg selv en rett til stillingsutvidelse dersom vilkårene ellers er oppfylt. Nemnda understreker imidlertid at arbeidstaker i slike tilfeller må akseptere at en rett til stillingsutvidelse kun gir rett til arbeid i tilsvarende grad på de ulike avdelingene/enhetene hvor merarbeidet er utført.

Nemnda finner grunn til å understreke at hvem som har tatt initiativ til ekstravaktene, ikke er relevant for vurderingen av om hva som regnes som «arbeid utover avtalt arbeidstid».

Er arbeidet som A utførte i perioden 1. september – 31. desember 2022 «arbeid utover avtalt arbeidstid»?

Nemnda har kommet til at arbeidet i denne perioden ikke er «arbeid utover avtalt arbeidstid».

Nemnda bemerker at den ikke har kompetanse til å overprøve lovligheten av midlertidige arbeidsavtaler, herunder om ansettelsen er i strid med grunnbemanningslæren. Dette er underlagt domstolene. Nemnda bemerker at uavhengig av om arbeidsavtalen var ulovlig eller ikke, vil ikke A ha jobbet merarbeid utover avtalt arbeidstid i denne perioden. Etter arbeidsmiljøloven § 14-11 er konsekvensen av en ulovlig midlertidig ansettelse at det foreligger et fast arbeidsforhold, eller at arbeidsforholdet fortsetter. Arbeidet i denne perioden ville derfor uansett ikke blitt regnet som merarbeid etter § 14-4 a.

Nemnda viser at partene er enige om at det er inngått midlertidige skriftlige arbeidsavtaler på henholdsvis 100 prosent i perioden 1. september 2022 – 30. november 2022 og 15 timer i perioden 1. – 31. desember 2022. Det går fram av de innsendte dokumentene at begge avtaler er inngått i forkant av periodene de gjelder for, de inneholder timetall, arbeidssted, lønn og hvem A vikarierer for. Slik nemnda ser det, er dette av typen midlertidige stillingsutvidelser som forarbeidene viser til og som regnes som «avtalt arbeidstid» etter § 14-4 a.

Er merarbeidet utført «jevnlig»?

Nemnda har kommet til at merarbeidet ikke oppfyller kravet til jevnlighet når timer etter de nevnte avtalene er tatt ut av beregningsgrunnlaget.

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 ikke har arbeidet utover avtalt arbeidstid i perioden fra og med 30. august til og med 8. januar 2023 når arbeid etter skriftlige vikaravtaler er tatt ut. Dette utgjør en sammenhengende periode uten merarbeid på 19 uker/4 måneder.

Selv for det tilfellet at alt øvrig arbeid A har anført som merarbeid tas med, gjør oppholdet på 19 uker at merarbeidet i beregningsperioden uansett ikke har vært hyppig eller stabilt nok til at det kan anses som «jevnlig». Det er dermed ikke nødvendig for nemnda å vurdere hvilke av de øvrige timene som skal regnes som «avtalt arbeidstid».

Det er heller ikke nødvendig for nemnda å vurdere om behovet for As merarbeid har falt bort.

Konklusjon

A har ikke rett til stillingsutvidelse etter arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Tvisteløsningsnemnda

Steffen Rogstad

Nestleder

10. november 2023

