



Tvisteløsningsnemnda

Vedtaksdato
2. juli 2020

Vår referanse
2020/62

Saksbehandler
Mona Ekelund

VEDTAK NR 110/20 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Tvisteløsningsnemnda avholdt møte torsdag 25. juni 2020.

Ved behandlingen av saken var Tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Anne Marie Due, leder
Vetle Wetlesen Rasmussen, YS
Silje Stadheim Almestrand, NHO

Saken gjelder

Tvist om 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 ekspeditør i stilling på 37,33 prosent hos B, for tiden med arbeidssted X. Fram til 18. november 2019 hadde hun arbeidssted i Y.

I tidsrommet 23. januar 2019 – 10. oktober 2019 har A i tillegg hatt ni midlertidige arbeidsavtaler av ulik varighet og omfang.

Den 7. januar 2020 fremsatte A krav om stillingsutvidelse på grunnlag av utført merarbeid de siste 12 måneder, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Kravet ble avslått av arbeidsgiver i brev datert 7. februar 2020, sendt på e-post 10. februar 2020. Avslaget ble begrunnet med at de fleste vaktene var knyttet til tidsbegrensete arbeidsavtaler eller sesongarbeid i en annen butikk, og at det resterende merarbeidet ikke oppfylte kravet til jevnlighet.

Saken ble brakt inn for Tvisteløsningsnemnda ved e-post av 5. mars 2020. 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 5. mars 2020 med vedlegg
- e-post av 14. mars 2020
- brev datert 16. mars 2020 med vedlegg
- brev datert 12. mai 2020
- brev datert 4. juni 2020 med vedlegg

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- e-post av 17. april 2020
- e-post og brev av 30. april 2020 med vedlegg
- e-post av 22. mai 2020 med vedlegg
- e-post av 12. juni 2020

Arbeidstakers anførsler

A anfører i det vesentligste at hun har krav på stillingsutvidelse tilsvarende en ekstra dag per uke, til en fast stilling på ca. 53,4 prosent, fortrinnsvis ved X. Både planlagte og utførte vakter utover de faste timene er merarbeid som skal tas med i beregningsgrunnlaget.

Arbeidsgivers anførsler

B anfører i det vesentligste at A ikke kan få medhold i sitt krav. Timer det er inngått midlertidige arbeidsavtaler for er ikke arbeid utover avtalt arbeidstid og må trekkes fra. Det samme gjelder 4 timer fordelt på to dager i forbindelse med kurs og opplæring, vakter i høysesong (påske og jul) og ekstravakter A har påtatt seg, men uteblitt fra på grunn av sykdom. Resterende vakter er utført sporadisk og oppfyller ikke kravet til jevnlighet.

Behovet for merarbeid som dekker sykdom er uansett redusert på grunn av lavere sykefravær i X sammenliknet med Y, henholdsvis 7 og 23 prosent.

Tvisteløsningsnemndas merknader

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. Tolvmånedersperioden skal beregnes med utgangspunkt i det tidspunkt arbeidstaker fremmet sitt krav.

Arbeidstaker fremsatte sitt krav for arbeidsgiver 7. januar 2020. 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 7. januar 2019 til og med 6. januar 2020. I timeførings skjema fra arbeidstaker er det oppført at A har arbeidet 338,25 timer utover avtalt arbeidstid i denne perioden. Full stilling utgjør 1950 timer per år.

Uenigheten mellom partene og det nemnda skal ta stilling til i denne saken gjelder hva som skal inngå i beregningsgrunnlaget, om jevnlighetskravet er oppfylt, samt hvorvidt behovet for A sitt merarbeid er bortfalt.

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 tilleggsstillingen ikke anses som «arbeid utover avtalt arbeidstid». På den annen side presiseres det i forarbeidene at det ikke er «meningen at retten skal kunne uthules av at typiske ekstravakter konstrueres som enkeltstående midlertidige ansettelser». Det sentrale i vurderingen er «arbeidets varighet og dets karakter av å dekke en «merarbeidssituasjon»/om det fremstår som «ekstraarbeid».

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.

Arbeidsgiver har anført at 236 timer knyttet til midlertidige arbeidsavtaler, timer i annen butikk, timer i forbindelse med kurs og opplæring, planlagte, men ikke utførte vakter og vakter i forbindelse med påske og jul ikke skal tas med i beregningsgrunnlaget.

Nemnda viser til at arbeidstaker har rett til stilling tilsvarende «faktisk arbeidstid». Nemnda legger således til grunn at beregningen skal foretas på grunnlag av de timer arbeidstaker faktisk har arbeidet utover avtalt arbeidstid. Planlagte merarbeidstimer hvor arbeidstaker har hatt ferie, vært syk eller hatt permisjon tas derfor ikke med i beregningsgrunnlaget. Dette er også lagt til grunn i nemndas tidligere praksis, se vedtak 62/18, 88/19 og 138/19. Vaktoversikten viser at A har vært fraværende i planlagte vakter på tilsammen 24 timer som dermed skal trekkes fra. Etter dette gjenstår 314,25 timer utført merarbeid i beregningsperioden.

Når det gjelder tilsammen 4 timer i forbindelse med kurs og opplæring i mars og november, legger nemnda til grunn at dette er arbeid utover avtalt arbeidstid. Det fremgår klart av forarbeidene at årsakene til merarbeidet ikke er relevant.

Når det gjelder vakter i forbindelse med påske og jul, som nemnda oppfatter inkluderer vakter i X, viser nemnda til at det ikke foreligger noen avtaler for disse vaktene og at de derfor er å anse som «arbeid utover avtalt arbeidstid» som skal inngå i beregningsgrunnlaget. Etter nemndas oppfatning har det ingen betydning hvilken avdeling merarbeidet er utført på, når det som i denne saken er utført innenfor arbeidsgivers virksomhet.

Når det gjelder vakter knyttet til de midlertidige avtalene har nemnda etter en konkret vurdering kommet til at det ikke er nødvendig å vurdere om disse er å anse som «arbeid utover avtalt arbeidstid». Etter nemndas oppfatning er jevnlighetsvilkåret uansett ikke oppfylt selv om nemnda skulle komme til at vaktene inngår i beregningsgrunnlaget.

Nemnda viser til at for det tilfelle at vaktene inngår er hovedvekten av vaktene konsentrert i første del av beregningsperioden. Det er vesentlig færre vakter mot slutten av beregningsperioden, herunder en sammenhengende periode på ni uker i oktober/november 2019 hvor det kun er utført 2 timer merarbeid i form av kurs/opplæring. Selv om perioden også omfatter to uker ferie og en uke sykmelding mener nemnda etter en konkret vurdering at merarbeidet på grunn av det ovennevnte ikke 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.

Det blir etter dette heller ikke nødvendig for nemnda å ta stilling til arbeidsgivers anførsel om at behovet for merarbeidet er redusert.

Konklusjon

Arbeidstaker gis ikke medhold.

Tvisteløsningsnemnda

Anne Marie Due
Leder

2. juli 2020

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).