

VEDTAK NR 211/16 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Tvisteløsningsnemnda avholdt møte 14. desember 2016.

Ved behandlingen av saken var tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Anne Marie Due, leder
Vetle Wetlesen Rasmussen, YS
Gry Brandshaug Dale, KS

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 i dag fast ansatt som deltidsekspeditor i stilling på 6,66 prosent, 2,5 timer annenhver uke, på B. Ved fremsettelsen av kravet var A ansatt i en stilling på 14 timer per uke (37,33 prosent).

A sa opp sin stilling på 14 timer per uke (37,3 prosent) og gikk ned til 10 timer per uke fra 20. januar 2016 og 20. april 2016 sa hun opp sin stilling på 10 timer per uke og gikk ned til 2,5 timer (annenhver lørdag).

Den 23. januar 2015 fremsatte A krav om stillingsutvidelse på grunnlag av utført merarbeid de siste 12 måneder, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

A har hatt følgende midlertidige økninger av sin arbeidskontrakt:

- 1. oktober 2013 til 30. september 2014. 21 timer i uken (55,9 prosent)
- 1. oktober 2014 til 31. desember 2014. 25 timer i uken (66,6 prosent).

Arbeidsgiver avslo søknaden i brev datert 21. august 2015. Avslaget var begrunnet med at behovet for merarbeid var bortfalt.

Vaktoversikt forelagt nemnda viser at A har arbeidet 171 timer utover avtalt arbeidstid i perioden 23. januar 2014 til 22. januar 2015. Full stilling utgjør 1950 timer per år.

Saken ble brakt inn for tvisteløsningsnemnda ved brev av 16. september 2015, poststemplett 17. september 2015.

Overfor nemnda har begge parter fått anledning til å komme med utfyllende merknader i saken.

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidstaker:

- brev datert 16. september 2015
- brev poststemplett 7. oktober 2015
- e-post av 2. november 2016

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev datert 15. oktober 2015
- e-post av 30. november 2015
- e-post av 3. november 2016
- e-post av 6. desember 2016
- e-post av 7. desember 2016
- e-post av 9. desember 2016

Arbeidstakers anførsler

A anfører i det vesentligste at merarbeidet viser et stabilt behov som gir henne rett til utvidet stilling tilsvarende faktisk arbeidstid, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a. Videre anføres det at arbeidsgiver ikke har dokumentert at behovet for merarbeid har bortfalt.

Arbeidsgivers anførsler

B anfører i det vesentligste at behovet for merarbeid er bortfalt. Omsetningen har gått ned og følgelig har behovet for arbeidskraft blitt redusert. 2014 var preget av mye fravær, blant annet mange langtidssykemeldinger. As merarbeid skyldes i stor grad sykefravær og permisjoner. Merarbeidet som følge av dette har skjedd etter arbeidstakers eget ønske og med klar avtale om at arbeidet er midlertidig. Arbeidsgiver har avvist krav som ikke er knyttet til sesong, sykefravær og ferie ut fra en begrunnelse om at det ikke er jevnlig merarbeid. Arbeidsgiver anfører at merarbeid pga. sykefravær, personalmøter, kurs og smakinger ikke kan regnes som merarbeid. I tillegg er ikke butikken lenger en spesialbutikk, hvor faste lanseringer tidligere førte til merarbeid.

Tvistløsningsnemndas 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).

Etter 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.

A fremsatte sitt krav for arbeidsgiver 23. januar 2015. 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 23. januar 2014 til 22. januar 2015.

Uenigheten mellom partene i denne saken gjelder hvorvidt hvilke vakter som regnes som merarbeid, om merarbeidet er utført jevnlig og om behovet for merarbeidet har bortfalt.

Når det gjelder anførselen om at merarbeid som følge av sykefravær, personalmøter, kurs og smakinger ikke kan tas med i beregningen viser nemnda til departementets uttalelse i Prop. 83 L (2012-2013) pkt. 4.4.4.2:

«Det bestemmelsen tar sikte på å omfatte, er jevnlig ekstraarbeid utover den stillingsandel den deltidsansatte formelt har. Den typiske situasjonen vil være der arbeidstaker arbeider «ekstravakter» utover avtalen, eller av andre grunner arbeider «overtid» i sin deltidsstilling, såkalt merarbeid. Årsaken til ekstraarbeidet er for så vidt uten betydning. Bestemmelsen skal derfor gjelde uavhengig av om det er økt arbeidsmengde, sykefravær eller andre forhold som begrunner behovet.»

Merarbeid som følge av sykefravær, personalmøter, kurs og smakinger er således omfattet av bestemmelsen og skal tas med i beregningen.

I opptjeningsperioden har A hatt to midlertidige arbeidsavtaler. I perioden 1. oktober 2013 til 30. september 2014, ble stillingen midlertidig økt fra 14 til 21 timer per uke. I perioden 1. oktober 2014 til 31. desember 2014, ble stillingen midlertidig økt fra 14 til 25 timer per uke. Det er opplyst at kontraktene ble justert i forbindelse med fravær til navngitte arbeidstakere.

Timer arbeidet under den midlertidige avtalen skal ikke tas med i beregningen, da arbeidet ikke kan betraktes som merarbeid utover avtalt arbeidstid.

Nemnda legger med dette til grunn at alt merarbeid utover fast stilling og avtalt midlertidig stilling i denne saken skal regnes med.

Videre må nemnda ta stilling til om merarbeidet er utført jevnlig i bestemmelsens forstand. Vurderingen av jevnlighetskriteriet er utpreget skjønnsmessig og 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 opptjeningsperioden, 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 opptjeningsperioden at det vitner om et stabilt og varig behov hos arbeidsgiver. For øvrig vises det til vedtak 20/16, hvor nemnda har gitt en utførlig beskrivelse av sitt syn på forståelsen av jevnlighetskriteriet i arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Dokumentasjon som er forelagt nemnda viser at A har flere lengre perioder uten merarbeid. Når avtalt midlertidig merarbeid er trukket fra, så har ikke A utført merarbeid i september, oktober og november. I disse månedene har hun hatt 6 feriedager og 2 egenmeldingsdager, utover dette er det ikke opplyst at det foreligger noen spesiell grunn for oppholdene. Nemnda kan dermed ikke se at merarbeidet har hatt tilstrekkelig omfang, hyppighet og stabilitet i opptjeningsperioden. Merarbeidet fremstår etter en helhetsvurdering ikke som jevnlig og det kan ikke legges til grunn at det representerer en etablert praksis som fyller lovens krav.

Da nemnda har kommet til at merarbeidet ikke er utført jevnlig, finner nemnda ikke grunn til å ta stilling til om behovet for merarbeid har bortfalt.

Konklusjon

Arbeidstaker gis ikke medhold.

Tvisteløsningsnemnda

Anne Marie Due
leder

Oslo, 15.12.2016

Til orientering:

Tvister som nevnt i §§ 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 regnet fra det tidspunkt tvisteløsningsnemndas avgjørelse foreligger, jf. arbeidsmiljøloven § 17-2 (3).