



Tvisteløsningsnemnda

Vedtaksdato
11.06.2018

Vår referanse
2018/13929

Saksbehandler
Helene Nødset Lang

VEDTAK NR 45/18 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Tvisteløsningsnemnda avholdt møte onsdag 06. juni 2018

Ved behandlingen av saken var tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Steffen G. Rogstad, nestleder
Tore Trygve Dahlstrøm, Unio
Per H. Engeland, Virke

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 har vært fast ansatt som butikkmedarbeider i stilling på 40 prosent hos B, med arbeidssted X. Dette utgjør 15 timer per uke. Hun fikk utvidet stillingen sin den 17. januar 2018, og har nå fast stilling på 44 prosent.

Den 19. januar 2018 fremsatte A krav om stillingsutvidelse på grunnlag av utført merarbeid de siste 12 måneder, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a. Hun fremsatte krav om stilling på 73,3 prosent på grunnlag av at hun hadde jobbet 1250,52 timer i 2017.

Arbeidsgiver avsto kravet i brev av 9. februar 2018, med begrunnelsen at behovet for merarbeid ikke lenger foreligger. Arbeidsgiver hadde flere langtidssykemeldte i 2017, noen er tilbake i arbeid, mens andre ventes tilbake om kort tid.

Full stilling utgjør 37,5 timer per uke, og hun har krav på 5 ukers ferie i henhold til ferieloven. Vaktoversikt forelagt nemnda viser at A har arbeidet 569 timer utover avtalt arbeidstid i perioden fra og med 19. januar 2017 til og med 18. januar 2018. Full stilling utgjør 1950 timer per år.

Saken ble brakt inn for tvisteløsningsnemnda ved e-post av 27. februar 2018. 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 27. februar 2018
- e-post av 8. mars 2018
- e-post av 23. april 2018
- e-post av 25. april 2018
- e-post av 26. april 2018
- e-post av 30. mai 2018
- e-post av 31. mai 2018

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- e-post av 20. mars 2018
- e-post av 12. april 2018
- e-post av 24. april 2018
- e-post av 30. mai 2018

Arbeidstakers anførsler

A anfører i det vesentligste at behovet for merarbeid fortsatt foreligger. Hun anfører at arbeidsgiver bruker andre ansatte i ekstravakter, men at de unngår å tildele disse til henne siden hun har fremsatt krav om utvidet stilling. Hun anfører videre at det er ansatt seks nye arbeidstakere siden sommeren 2017 og at det vil ansettes en ny i mars.

Arbeidstaker har videre anført at en vakt i beregningsperioden er registrert som turnusvakt, men at denne var en ekstravakt.

Arbeidsgivers anførsler

B anfører i det vesentligste at de ikke har behov for ekstravakter siden butikken har fast turnus på alle ansatte etter kontrakt. Ved sykefravær benytter arbeidsgiver seg av to faste ringevikarer, dersom disse ikke har mulighet spør man andre ansatte.

Arbeidsgiver bemerker at det har vært en utstrakt praksis med å bytte vakter innbyrdes, og at A har byttet til seg mange slike vakter og slik har fått mer arbeid over tid. Denne praksisen vil nå bli innskjerpet for alle ansatte.

Det anføres at arbeidstakers utregning av stillingsprosent er feil, og at 1250,52 timer kun medfører 64,1 prosent. Det ble anført at timer knyttet til ferieavvikling er ikke skal tas med i beregningen (totalt utgjør dette 146,5 timer for juni og juli). Arbeidsgiver har imidlertid senere opplyst at vakter i forbindelse med ferieavvikling er tatt med i den innsendte oversikten. Det anføres også at vakter arbeidsgiver har merket med rødt i timeoversikten skal tas ut av beregningen fordi disse timene er knyttet til arbeidstopper og sykefravær.

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 nestleder 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 19. januar 2018. 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 19. januar 2017 til og med 18. januar 2018. Vaktoversikt forelagt nemnda viser at A har arbeidet 569 timer utover avtalt arbeidstid i denne perioden. Full stilling utgjør 1950 timer per år.

Det er imidlertid flere uklarheter i forhold til disse timelistene. Arbeidsgiver anfører blant annet at timer knyttet til ferieavvikling ikke er tatt med i arbeidsgivers beregning (totalt 146,5 timer for juni og juli). Arbeidsgiver opplyser imidlertid senere at disse vaktene er tatt med i den innsendte oversikten. Videre anfører arbeidsgiver at A i utstrakt omgang har benyttet seg av interne vaktbytter med andre arbeidstakere. Arbeidsgiver har imidlertid ikke kunnet dokumentere hvilke vakter dette gjelder eller hvordan dette kan medføre et høyere timeantall enn i As faste stillingsstørrelse. Det fremgår av den fremlagte lønnsstatistikken at timeantallet fra de fremlagte timelistene stemmer nokså godt overens med As

lønnsutbetalinger i perioden (for 1250 timer totalt), nemnda legger derfor til grunn at A faktisk har arbeidet de timene hun har fått betalt for, og at de timene som overskyter hennes faste timetall dermed må anses som arbeid utover avtalt arbeidstid.

Nemnda bemerker at det ikke ligger noen automatikk i at vakter i forbindelse med ferieavvikling ikke skal regnes med, og at disse dermed skal tas med i beregningsgrunnlaget for nemnda såfremt det ikke er dokumentert noen vikaravtale eller lignende for disse timene. 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 stillingsutvidelsen ikke anses som «arbeid utover avtalt arbeidstid».

Arbeidsgiver har anført at vakter arbeidsgiver har merket med rødt i timeoversikten skal fjernes siden disse er knyttet til arbeidstopper og sykefravær. Nemnda vil bemerke at det nettopp er slike vakter som er ment å omfattes av bestemmelsen, og at de ikke kan tas ut av beregningsgrunnlaget på bakgrunn av dette.

Nemnda må videre vurdere hvorvidt det utførte merarbeidet i beregningsperioden er utført jevnlig. 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.

Merarbeidet i denne saken går etter nemndas oppfatning utover det sporadiske. Arbeidsgivers timeoversikt viser til at A har hatt ekstravakter med jevne mellomrom gjennom hele perioden. Det er ingen lange opphold eller perioder med påfallende mye eller lite merarbeid. Nemnda finner derfor at ekstraarbeidet har hatt tilstrekkelig omfang, hyppighet og stabilitet i tolv månedersperioden. Merarbeidet fremstår dermed etter en helhetsvurdering som en etablert praksis som oppfyller lovens krav, og nemnda har etter dette kommet til at merarbeidet er utført jevnlig.

Arbeidsgiver har videre anført at de ikke har behov for ekstravakter siden butikken har fast turnus på alle ansatte etter kontrakt. Ved sykefravær benytter arbeidsgiver seg av to faste

ringevikarer, dersom disse ikke har mulighet spør man andre ansatte. Arbeidsgiver anfører også at det har vært en utstrakt praksis med å bytte vakter innbyrdes, og at A har byttet til seg mange slike vakter og slik har fått mer arbeid over tid. Denne praksisen vil nå bli innskjerpet for alle ansatte. Nemnda må derfor ta stilling til om dette innebærer at behovet for As merarbeid har bortfalt.

Hva som skal til for at behovet for merarbeid ikke lenger anses å foreligge, er ikke nærmere definert i loven. I bestemmelsens forarbeider, Prop. 83 L (2012-2013) punkt 4.4.4.5, uttaler departementet blant annet at:

«Det kan og tenkes at virksomheten kan begrunne et mindre behov for merarbeid framover med at det i mellomtiden har vært nødvendig med nedbemanning, eventuelt at nedbemanning eller permitteringer er sannsynlig i nær fremtid. (...) Departementet finner det ikke hensiktsmessig å fastsette konkrete krav til hvilken dokumentasjon som arbeidsgiver må legge fram. Arbeidsgiver vil i praksis måtte fremlegge informasjon som gjør det mulig for arbeidstaker og eventuelt Tvisteløsningsnemnda å etterprøve. Det avgjørende vil være hvorvidt og i hvilken grad arbeidsgiver kan sannsynliggjøre at virksomheten ikke lenger har behov for merarbeidet i tiden framover.»

Slik denne saken er opplyst har nemnda kommet til at arbeidsgiver ikke i tilstrekkelig grad har sannsynliggjort at behovet for merarbeid var bortfalt eller kom til å falle bort i nær fremtid. Arbeidstaker har opplyst at det er ansatt flere medarbeidere etter at saken ble fremmet for nemnda, og at det fortsatt er utstrakt bruk av ekstravakter, men at disse ikke blir tildelt henne. Nemnda vil bemerke at det faktum at arbeidsgiver velger å tildele ekstravakter til ringevikarer ikke tilsier at behovet har bortfalt, kun at de har valgt å organisere merarbeidet på en annen måte enn å utvide stillingene til faste deltidsansatte. Nemnda kan derfor ikke se at det er dokumentert at behovet for merarbeid har bortfalt i denne saken.

A har dermed rett til stilling tilsvarende faktisk arbeidstid i beregningsperioden. Ved fastsettelsen av ny stillingsprosent tar nemnda utgangspunkt i den stillingsprosent det samlede merarbeidet tilsier på årlig basis, uten hensyntaken til variasjoner fra måned til måned. Opptjent stillingsøkning må etter nemndas oppfatning beregnes med utgangspunkt i brutto årstimetall i full stilling fratrukket ferie, i dette tilfellet 1668,5 timer.

Dokumentasjonen i saken viser at A har arbeidet 569 timer utover avtalt arbeidstid i beregningsperioden, noe som tilsvarer en stillingsprosent på 34. A har allerede fått utvidet sin stilling til 44 prosent 17. januar 2018 på bakgrunn av arbeidsgiver behov, dette skal derfor inngå i den totale stillingsstørrelsen. Til sammen har A etter dette krav på en stillingsprosent på 74.

Konklusjon

Arbeidstaker har rett til økning av sin stilling med en stillingsprosent på 30.

Tvisteløsningsnemnda

Steffen G. Rogstad
nestleder

11.06.2018

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).