



Tvisteløsningsnemnda

Vedtaksdato
26.06.2018

Vår referanse
2018/10626

Saksbehandler
Nina N. Hermansen

VEDTAK NR 62/18 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Tvisteløsningsnemnda avholdt møte torsdag 21. juni 2018.

Ved behandlingen av saken var tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Anne Marie Due, leder
Silje Hassellund Solberg, LO
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 goods flow co-worker i stilling på 59 prosent hos B, X.

Arbeidstaker hadde 14,67 prosent stilling frem til han fikk 50 prosent stilling fra og med 1. januar 2018. Fra 1. april 2018 gikk han opp til 59 prosent stilling.

Arbeidsgiver har opplyst at arbeidstaker har hatt en sommerkontrakt i perioden 26. juni 2017 til 3. september 2017 på 46,93 prosent. Arbeidstaker har ikke signert kontrakten.

Den 5. september 2017 fremsatte A krav om stillingsutvidelse på grunnlag av utført merarbeid de siste 12 måneder, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Den 22. januar 2018 ble A tilbudt 50 prosent stilling. Partene var uenige om beregningsgrunnlaget.

Vaktoversikt forelagt nemnda viser at A har arbeidet 1125,5 timer utover fast arbeidstid i perioden fra og med 5. september 2016 til og med 4. september 2017. Full stilling utgjør 1950 timer per år.

Saken ble brakt inn for tvisteløsningsnemnda ved brev datert 2. februar 2018, poststemplett 7. februar 2018.

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

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidstaker:

- brev datert 2. februar 2018
- e-post av 22. mars 2018

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- e-post av 5. mars 2018
- e-post av 6. mars 2018
- e-post av 1. mai 2018
- e-post av 30. mai 2018
- tre e-poster av 18. juni 2018

Arbeidstakers anførsler

A anfører i det vesentligste at han har rett til stilling tilsvarende faktisk arbeidstid. Han anfører at han har rett til større stilling enn det arbeidsgiver har tilbudt. Arbeidstaker anfører at timer grunnet høysesong ikke skal trekkes fra beregningsgrunnlaget.

Arbeidstaker har ikke signert sommerkontrakten fordi han ikke har godtatt den. Han har jobbet han utover stillingsprosenten denne kontrakten viser til. Det er fortsatt behov for

bemannings ved avdelingen og arbeidstaker jobber fortsatt mer enn fast stillingsprosent. Arbeidstaker er uenig i arbeidsgivers fratrukk av timer fra beregningsgrunnlaget. Det er ikke signert noen midlertidig avtale, fratrukk for timer i høysesong kan ikke legges til grunn ettersom arbeidstaker har jobbet jevnlig hele året. Peak dager kan heller ikke trekkes fra ettersom de er arbeidet som vanlig ekstravakt. De dagene er definert av virksomheten på forhånd og de skulle da ha tatt de med i den ordinære arbeidsplanen for de ansatte. Ferie regnes ikke med og er tatt høyde for. Søndager før jul er merarbeid og permisjoner med lønn på avtalt arbeidstid kan heller ikke trekkes fra beregningsgrunnlaget.

Arbeidsgivers anførsler

B anfører i det vesentligste at timer i henhold til midlertidig kontrakt, 191 timer, skal trekkes fra beregningsgrunnlaget. Videre anfører arbeidsgiver at timer i høysesong, 267 timer (uke 26 til og med uke 35) skal trekkes fra. Videre skal det også trekkes fra ferie med 16,5 timer, søndager før jul med 6 timer, sykefravær med 79 timer, peak-dager med 22,5 timer og permisjon med lønn med 82,5 timer. Etter arbeidsgivers vurdering har arbeidstaker krav på 50 prosent stilling.

B har foretatt store timekutt for å sikre driftsresultater og har kuttet nærmere 10 000 timer på arbeidstakers avdeling. Det er ledige stillinger på logistikkavdelingen, men disse stillingene inneholder to lørdager. Arbeidstaker jobber allerede to lørdager og kan derfor ikke få timer fra ledige stillinger.

Arbeidsgiver påpeker at arbeidstaker ikke ville signere sommerkontrakten, men at han arbeidet det timeantallet som var avtalt for perioden. Alle ansatte fikk et skjema for hele sommerperioden med tildelte vakter og total stillingsprosent.

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

Arbeidstaker fremsatte sitt krav for arbeidsgiver 5. september 2017. 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 5. september 2016 til og med 4. september 2017. Vaktoversikt forelagt nemnda viser at A har arbeidet 1152,5 timer utover fast stilling i denne perioden. Full stilling utgjør 1950 timer per år.

Uenigheten mellom partene i denne saken gjelder hvilke timer som skal tas med i beregningsgrunnlaget.

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 anfører at 191 timer i henhold til midlertidig sommerkontrakt, 16,5 timer ferie, søndager før jul med 6 timer, sykefravær med 79 timer, peak-dager med 22,5 timer og permisjon med lønn med 82,5 timer skal trekkes fra 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 fast stilling. Planlagte merarbeidstimer hvor arbeidstaker har hatt ferie, vært syk eller hatt permisjon med lønn tas derfor ikke med i beregningsgrunnlaget.

Når det gjelder merarbeid ved peak-dager og søndager før jul, fremstår disse som ekstravakter og arbeid utover avtalt arbeidstid, og tas derfor med i beregningsgrunnlaget.

Videre er det omtvistet mellom partene om arbeidstaker har hatt en midlertidig avtale i perioden 26. juni 2017 til 3. september 2017 eller ikke. Arbeidstaker har ikke signert kontrakten, men har arbeidet de timene som var omfattet av kontrakten. Arbeidsgiver har opplyst at alle ansatte fikk et skjema for hele sommerperioden med tildelte vakter og total stillingsprosent.

Etter nemndas oppfatning må merarbeidstimer i henhold til midlertidig kontrakt anses som avtalt arbeid og skal derfor ikke tas med i beregningsgrunnlaget. Arbeidstaker ble tilbudt en sommerkontrakt med stillingsprosent og spesifiserte vakter. Det faktum at arbeidstaker har nektet å signere sommerkontrakten gjør ikke disse timene til merarbeid, ettersom arbeidstaker har utført arbeidet i henhold til kontrakten.

Nemnda går så over til jevnlighetsvurderingen.

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.

Nemnda har delt seg i et flertall og i et mindretall.

Nemndas flertall, medlemmene Due og Almestrand har kommet til at merarbeidet ikke er utført jevnlig og at A ikke har krav på økt stilling. Det er bl.a. et langt opphold i merarbeidet på i underkant av 10 uker. Merarbeidet har dermed ikke hatt tilstrekkelig omfang, hyppighet og stabilitet i tolv månedersperioden. Flertallet har etter dette kommet til at A ikke fyller kravene i § 14-4 a, og kan derfor ikke få medhold.

Nemndas mindretall, medlem Solberg har kommet til at merarbeidet er utført jevnlig og at A må ha krav på økt stilling. Merarbeidet i denne saken går etter mindretallets oppfatning utover det sporadiske. Selv om det har vært visse svingninger i intensiteten i beregningsperioden, har ekstraarbeidet vært tilstrekkelig jevnt fordelt utover året. Mindretallet viser til at A har hatt ekstravakter hver måned i beregningsperioden bortsett fra juli og august 2017 hvor han har hatt sommerkontrakt og foreldrepermisjon. Det vises til at selv om det har vært et opphold på ca 10 uker, er merarbeidet forøvrig jevnlig.

Årsaken til oppholdet er også viktig i denne vurderingen. I denne saken skyldes oppholdet sommervikariat som er større enn den alminnelige stillingsprosenten. Dette viser at det reelt sett er behov for merarbeid også i de aktuelle ukene hvor man formelt sett har et opphold i merarbeidet. Når det er tilfellet, kan ikke mindretallet se at det forholdsvis lange oppholdet i merarbeid gjør at merarbeidet ikke anses å være jevnlig i den aktuelle 12-måneders perioden. Etter mindretallets syn uthuler et motsatt syn bestemmelsen i aml § 14-4a, og åpner for omgåelser. Dette kan ikke ha vært lovgivers intensjon.

Mindretallet finner dermed at ekstraarbeidet har hatt tilstrekkelig omfang, hyppighet og stabilitet i tolv månedersperioden. Merarbeidet fremstår etter en helhetsvurdering som en etablert praksis som oppfyller lovens krav.

A har dermed rett til stilling tilsvarende faktisk arbeidstid i beregningsperioden. Ved fastsettelsen av ny stillingsprosent tar mindretallet utgangspunkt i den stillingsprosent det samlede merarbeidet tilsier på årlig basis, uten hensyntaken til variasjoner fra måned til måned. Opptjent stillingsøkning må etter mindretallets oppfatning beregnes med utgangspunkt i brutto årstimetall i full stilling fratrukket ferie, i dette tilfellet 1762,5 timer. Dokumentasjonen i saken viser at A har arbeidet 939,5 timer utover avtalt arbeidstid i beregningsperioden, noe som tilsvarer en stillingsprosent på 53,30. Samlet utgjør dette en stillingsprosent på 67,97. Arbeidstaker har nå en fast stillingsprosent på 59 og har dermed rett til ytterligere utvidet stilling med 8,97 prosent.

Konklusjon

Arbeidstaker gis ikke medhold.

Tvisteløsningsnemnda

Anne Marie Due
leder

26.06.2018

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).