



Tvisteløsningsnemnda

Vedtaksdato
18.02.2019

Vår referanse
2018/36780

Saksbehandler
Nina N. Hermansen

VEDTAK NR 19/19 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Tvisteløsningsnemnda avholdt møte torsdag 14. februar 2019.

Ved behandlingen av saken var tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Steffen G. Rogstad, nestleder
Silje Hassellund Solberg, LO
Silje Stadheim Almestrand, NHO

Saken gjelder

Twist 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 butikkmedarbeider i stilling på 53,67 prosent i B.

Den 4. juli 2018 fremsatte A krav om økt stilling, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a. Ved brev datert 20. juli 2018, fremsatte A purring til arbeidsgiver.

Arbeidsgiver har ikke svart på kravet. De har i brev datert 27. august 2018 tilbudt arbeidstaker et møte for å diskutere saken, noe arbeidstaker har takket nei til.

Vaktoversikt forelagt nemnda viser at A har arbeidet 543,75 timer utover avtalt arbeidstid i perioden fra og med 4. juli 2017 til og med 3. juli 2018. Full stilling utgjør 1950 timer per år.

Saken ble brakt inn for Tvisteløsningsnemnda ved brev poststemplett 10. august 2018.

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

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidstaker:

- brev poststemplett 10. august 2018
- e-post av 25. september 2018
- e-post av 8. november 2018
- e-post av 12. desember 2018
- e-post av 8. februar 2019
- e-post av 10. februar 2019

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- e-post av 21. august 2018
- e-post av 10. september 2018
- e-post av 14. september 2018
- e-post av 17. oktober 2018
- e-post av 18. desember 2018
- brev datert 13. februar 2019

Arbeidstakers anførsler

A anfører i det vesentligste at han flere ganger har uttrykt ønske om utvidet stilling og at han gjentatte ganger blir forbigått av andre.

Når arbeidstaker ikke mottok skriftlig svar på hverken kravet eller purringen, tolket han det som et avslag. Arbeidsgiver har alltid vært tydelige på at det ikke er noe mer å hente angående stillingsutvidelser.

Arbeidsgivers anførsler

B anfører i det vesentligste at saken må avvises fordi den ikke er ferdig behandlet internt i virksomheten og at det ikke foreligger noe avslag på arbeidstakers søknad. Hvis saken tas til behandling i Tvisteløsningsnemnda anfører arbeidsgiver at ekstravakter arbeidstaker har utført har vært i sammenheng med arbeidstopper på grunn av sesongsvingninger og fravær av ansatte. I beregningsperioden hadde arbeidsgiver to langtidssykemeldte som nå er tilbake i jobb og arbeidsgiver har ikke lenger samme behov for å benytte arbeidstaker i ekstravakter.

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.

B anfører at saken må avvises fordi den ikke er ferdig behandlet internt i virksomheten og at det ikke foreligger noe avslag på arbeidstakers søknad.

A fremsatte krav om økt stilling ved brev datert 4. juli 2018 med svarfrist innen 14 dager. Arbeidsgiver svarte ikke på kravet og arbeidstaker fremsatte en purring til arbeidsgiver ved brev datert 20. juli 2018. Arbeidstaker opplyste i purringen at dersom det ikke forelå svar innen 14 dager kom kravet til å bli oversendt til Tvisteløsningsnemnda. Arbeidstaker fikk ikke noe svar og anså kravet som avslått.

Nemnda finner at arbeidsgivers passivitet og unnlattelse av å svare på krav, ikke kan være til hinder for at sak fremmes for Tvisteløsningsnemnda. Det har gått syv måneder siden arbeidstaker fremsatte kravet og arbeidsgiver har uttalt seg om saken ved brev til Tvisteløsningsnemnda. Nemnda legger til grunn at kravet ble avslått og tar saken til behandling.

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 4. juli 2018. Nemnda legger til grunn at siste dag i tolvmånedersperioden er dagen forut for at kravet ble fremsatt for arbeidsgiver. Den relevante perioden i denne saken er dermed fra og med 4. juli 2017 til og med 3. juli 2018. Vaktoversikt forelagt nemnda viser at A har arbeidet 543,75 timer utover avtalt arbeidstid i denne perioden. Full stilling utgjør 1950 timer per år.

Nemnda vil først ta stilling hvorvidt merarbeidet 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.

Nemnda har kommet til at merarbeidet er utført jevnlig og at A må ha krav på økt stilling. Merarbeidet i denne saken går etter nemndas oppfatning utover det sporadiske. Selv om det har visse svingninger i intensiteten i beregningsperioden, har ekstraarbeidet vært tilstrekkelig jevnt fordelt utover året. Nemnda viser til at A har hatt hyppige ekstravakter hver måned i beregningsperioden, bortsett fra februar 2018. Nemnda finner 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.

Arbeidsgiver har anført at to langtidssykemeldte nå er tilbake i jobb og at arbeidsgiver derfor ikke lenger har samme behov for å benytte A i ekstravakter.

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.»

I sak 129/16 har nemnda uttalt følgende til hva som fremgår av forarbeidene om nedbemanning og permitteringer:

«Tilsvarende må gjelde der behovet for merarbeid må forventes å bortfalle som følge av at arbeidsgiver har foretatt eller er i ferd med å foreta nyansettelser, eller kan legge til grunn at arbeidstakere snarlig vil vende tilbake til virksomheten etter syke- eller permisjonsopphold e.l.»

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. Det er opplyst at arbeidstaker har tatt enkelte ekstravakter for personer som har

vært sykemeldt, men det er ikke opplyst hvilke personer som nå er tilbake etter langtidssykemelding og i så fall hvilke merarbeidsvakter dette gjelder. Det blir derfor vanskelig for nemnda å overprøve hvilke vakter som eventuelt skal trekkes ut av beregningsgrunnlaget til utvidet stilling. Nemnda finner at alle merarbeidstimer skal tas med i beregningsgrunnlaget.

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 1762,5 timer.

Dokumentasjonen i saken viser at A har arbeidet 543,75 timer utover avtalt arbeidstid i beregningsperioden, noe som tilsvarer en stillingsprosent på 30,85. Samlet utgjør dette en stillingsprosent på 84,52.

Konklusjon

Arbeidstaker har rett til økning av sin stilling med en stillingsprosent på 30,85.

Tvisteløsningsnemnda

Steffen Rogstad
nestleder

18.02.2019

Til orientering:

Tvister som nevnt i §§ 10-13, 12-14, 14-3 og 14-4a 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).