



Vedtaksdato
21. juni 2019

Vår referanse
2019/14824

Saksbehandler
Mona Ekelund

VEDTAK NR 89/19 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Tvisteløsningsnemnda avholdt møte torsdag 20. juni 2019.

Ved behandlingen av saken var tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Anne Marie Due, leder
Tore Trygve Dahlstrøm, Unio
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 fast ansatt som butikkmedarbeider i stilling på 10,67 prosent i B, med tjenestested V.

Den 7. februar 2019 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 e-post av 18. februar 2019. Avslaget ble begrunnet med omsetningssvikt og unormalt høyt sykefravær i beregningsperioden.

Arbeidsgiver tilbød A midlertidig vikaravtale på 53,33 prosent for perioden 22. mars -22. april 2019 på grunn av to sykemeldinger og ferieavvikling.

Saken ble brakt inn for Tvisteløsningsnemnda ved e-post av 8. mars 2019. 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 8. mars 2019 med vedlegg
- e-post av 28. april 2019

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev datert 29. mars 2019 med vedlegg
- e-post av 30. april 2019 med vedlegg
- e-post av 10. mai 2019 med vedlegg
- e-post av 31. mai 2019

Arbeidstakers anførsler

A anfører i det vesentligste:

Hun har krav på utvidelse av sin faste stilling til 75 prosent. Behovet for ekstravakter har ikke bortfalt.

Arbeidsgivers anførsler

B anfører i det vesentligste:

Merarbeidet i beregningsperioden skyldes unormalt høyt sykefravær. A har i realiteten vikariert for navngitte langtidssykemeldte personer og det skulle vært inngått midlertidige arbeidsavtaler. Behovet for merarbeidet er bortfalt som følge av at det langvarige sykefraværet er redusert og det gjenstående behovet er dekket av vikar.

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

Arbeidstaker fremsatte sitt krav for arbeidsgiver 7. februar 2019. Nemnda legger til grunn at siste dag i tolvånedersperioden er dagen forut for at kravet ble fremsatt for arbeidsgiver. Den relevante perioden i denne saken er dermed fra og med 7. februar 2018 til og med 6. februar 2019. Dokumentasjonen som er forelagt nemnda viser at A har arbeidet 1275 timer utover avtalt arbeidstid i denne perioden. Full stilling utgjør 1950 timer per år.

Uenigheten mellom partene i denne saken gjelder hva som skal inngå i beregningsgrunnlaget, samt hvorvidt behovet for A sitt merarbeid er bortfalt.

Nemnda vil først ta stilling til hvilke vakter som skal tas med i beregningsgrunnlaget.

Arbeidsgiver anfører at A ekstravakter i realiteten er vikariater for navngitte personer og derfor ikke er å anse som «merarbeid».

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».

Nemnda kan ikke se at det er inngått en midlertidig arbeidsavtale i dette tilfelle. Det legges derfor til grunn at alt merarbeid A har utført i beregningsperioden er å anse som arbeid utover avtalt arbeidstid.

Oversikten viser at A har arbeidet 1275 timer utover avtalt arbeidstid.

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. I denne saken er partene enige om at merarbeid er utført jevnlig og nemnda legger også dette til grunn.

Arbeidsgiver har anført at behovet for arbeidstakers merarbeid ikke lenger foreligger ettersom alle langtidssykemeldte er tilbake bortsett fra to 100 prosent sykemeldte i henholdsvis 50 og 80 prosent stilling. A har også fått midlertidig vikaravtale på 53,33 prosent for å dekke deres fravær og noe ferieavvikling.

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), 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.

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.

Ordlyden krever at arbeidsgiver kan dokumentere at behovet for merarbeidet ikke lenger foreligger, og kravene til dokumentasjon er i noen grad kommentert i forarbeidene. I Prop. 83 L (2012-2013) s. 78 heter det:

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.

På s. 86 heter det:

Arbeidsgiver må i tilfelle legge fram konkret dokumentasjon som kan sannsynliggjøre at virksomheten ikke lenger har samme behov for merarbeidet.

Slik denne saken er opplyst har nemnda kommet til at arbeidsgiver har dokumentert at behovet for deler av A merarbeid har bortfalt. Dokumentasjonen viser at det totale behovet for merarbeid i beregningsperioden på grunn av sykemeldinger var 4156,5 timer, noe som tilsvarer stillinger på tilsammen ca. 236 prosent. Av disse gjenstår kun en 50 prosent og 80 prosent sykemelding, som har ført til at A har fått en midlertidig avtale på 53,33 prosent, som også skal dekke noe ferieavvikling. Det er ikke mulig for nemnda å fastslå nøyaktig hvor mye av A merarbeid som har bortfalt som følge av færre sykemeldte og den midlertidige arbeidsavtalen. Imidlertid har arbeidsgiver dokumentert at det totale behovet for merarbeid på grunn langvarige sykemeldinger er redusert med om lag to tredjedeler. Etter en skjønnsmessig vurdering har nemnda derfor kommet til at det er rimelig å anslå at behovet for om lag to tredjedeler av A merarbeid også er bortfalt. Etter dette gjenstår 425 timer merarbeid som tilsvarer en økning i stillingsprosent på 24 prosent.

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 425 timer utover avtalt arbeidstid i beregningsperioden, noe som tilsvarer en stillingsprosent på 24. Samlet utgjør dette en stillingsprosent på 34,67.

Konklusjon

Arbeidstaker har rett til økning av sin stilling til en stillingsprosent på 34,67.

Twisteløsningsnemnda

Anne Marie Due
Leder

21. juni 2019

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).