



Tvisteløsningsnemnda

Vedtaksdato
16. desember 2022

Vår referanse
2022/124

Saksbehandler
Mona Ekelund

VEDTAK NR 129/22 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Tvisteløsningsnemnda avholdt møte torsdag 15. desember 2022.

Ved behandlingen av saken var Tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Anne Marie Due, leder
Silje Hassellund Solberg, LO
Marte Solberg, 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 er fast ansatt som Sales Assistant i stilling på 40 prosent hos B, i gullsmedbutikken i X. I perioden 1. mars 2021 – 31. januar 2022 hadde A midlertidig stilling på 100 prosent samme sted.

Den 19. juni 2022 krevde A stillingsutvidelse på grunnlag av utført merarbeid de siste 12 måneder, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Arbeidsgiver avsto kravet i e-post av 6. juli 2022 og begrunnet avslaget med at timer som inngikk i den midlertidige stillingen på 100 prosent ikke var å anse som merarbeid etter § 14-4 a.

A sendte saken til Tvisteløsningsnemnda 2. august 2022. Begge parter har fått mulighet til å komme med utfyllende merknader.

A har også sendt inn tvist om fortrinnsrett etter arbeidsmiljøloven § 14-3. Nemnda har behandlet tvistene hver for seg og viser til vedtak 128/22 for tvisten om fortrinnsrett.

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidstaker:

- brev datert 2. august 2022
- brev datert 13. september 2022
- brev datert 11. oktober 2022
- brev datert 7. november 2022

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev datert 30. august 2022
- brev datert 31. august 2022
- brev datert 29. september 2022

Arbeidstakers anførsler

A anfører i det vesentligste at hun har rett til 100 prosent stilling. A viser til at hun i 2019, 2020 og 2021 har arbeidet mye mer enn den faste stillingen sin. A viser til at de midlertidige arbeidsavtalene har vært ulovlige, fordi butikken hele tiden har hatt behov for høyere grunnbemanning. A er ikke enig med arbeidsgiver i at merarbeidet skyldes langtids sykefravær eller permisjoner.

Arbeidsgivers anførsler

B anfører i det vesentligste at A ikke kan få medhold i sitt krav. B viser til at A hadde 100 prosent stilling i syv av de tolv månedene beregningsperioden utgjør, og at merarbeidet dermed ikke oppfyller kravet til jevnlighet. B er ikke enig i at vikaravtalen er ugyldig og viser til at butikken hadde behov for å dekke opp ulike typer fravær, blant annet en butikksjef i permisjon som gikk over til redusert arbeidstid og øvrig 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 første ledd og § 14-4 a annet ledd. 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 merarbeidet ikke lenger foreligger. Tolv månedersperioden skal beregnes med utgangspunkt i det tidspunkt arbeidstaker fremmet sitt krav.

Arbeidstaker fremsatte sitt krav for arbeidsgiver 19. juni 2022. 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. juni 2021 til og med 18. juni 2022.

Uenigheten mellom partene i denne saken gjelder hva som skal inngå i beregningsgrunnlaget og om jevnlighetskravet er oppfylt. Nemnda vil først ta stilling til hvilke vakter som skal tas med i beregningsgrunnlaget.

Arbeidsgiver har anført at vakter fram til og med 31. januar 2022 ikke skal tas med i beregningsgrunnlaget og viser til at hun i dette tidsrommet hadde en midlertidig stillingsutvidelse på 100 prosent. A har anført at vaktene skal regnes med fordi avtalen ikke bygger på et lovlig grunnlag.

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 faste deltidsstillingen. Etter nemndas oppfatning vil derfor alt arbeid utover den formelle stillingsandelen som utgangspunkt anses som «arbeid utover avtalt arbeidstid». Forarbeidene avgrenser 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 har etter en konkret vurdering kommet til at arbeidet utført i perioden fram til og med 31. januar 2022 ikke skal tas med i beregningsgrunnlaget. Nemnda har lagt avgjørende vekt på den fremlagte arbeidsavtalen om 100 prosent stilling i perioden 1. mars 2021 – 31. januar 2022. Etter nemndas oppfatning er denne arbeidsavtalen en midlertidig stillingsutvidelse av den typen som forarbeidene viser til. Timer A har arbeidet i avtaleperioden er dermed avtalt arbeidstid og ikke merarbeid som skal tas med i beregningsgrunnlaget.

Når det gjelder As anførsel om at denne avtalen ikke er lovlig, vil nemnda bemerke at uavhengig av om arbeidsavtalen var ulovlig eller ikke, vil ikke A ha jobbet merarbeid utover avtalt arbeidstid i denne perioden. Etter arbeidsmiljøloven § 14-11 er konsekvensen av en ulovlig midlertidig ansettelse at det foreligger et fast arbeidsforhold eller at arbeidsforholdet

fortsetter. Arbeidet i denne perioden ville derfor uansett ikke blitt regnet som merarbeid etter § 14-4 a.

Nemnda går så over til å vurdere om 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 kommer frem 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.

Etter nemndas forståelse av kravet til jevnlighet kan ikke A ha krav på økt stilling. Nemnda viser til at A ikke har utført noe arbeid utover avtalt arbeidstid i perioden 19. juni 2021 – 31. januar 2022, som utgjør litt over syv måneder av beregningsperioden på tolv måneder. Merarbeidet har dermed ikke hatt tilstrekkelig omfang, hyppighet og stabilitet. Nemnda har etter dette kommet til at jevnlighetsvilkåret i § 14-4 a ikke er oppfylt, og at A derfor ikke kan få medhold.

Konklusjon

A gis ikke medhold i krav om rett til stilling tilsvarende faktisk arbeidstid etter arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Tvisteløsningsnemnda

Anne Marie Due
Leder

16. desember 2022

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 annet ledd. 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 tredje ledd.

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 fjerde ledd.