

VEDTAK NR 143/17 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Twisteløsningsnemnda avholdt torsdag 8. juni 2017.

Ved behandlingen av saken var tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Steffen Rogstad, nestleder
Gry Brandshaug Dale, KS
Silje Hassellund Solberg, LO

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:

A er fast ansatt som deltidsekspeditor i stilling på 58,67 prosent, tilsvarende 22 timer per uke ved B.

I beregningsperioden har hun hatt flere midlertidige vikariat:

- 1. juni til 22. august 2015
- 1. september til 30. september 2015
- 1. oktober til 31. oktober 2015
- 1. november til 30. november 2015
- 1. desember til 30. desember 2015
- 22. januar til 23. januar 2016
- 3. februar til 25. februar 2016
- 1. mars til 31. mars 2016
- 1. april til 30. april 2016
- 1. mai til 31. mai 2016
- 1. juni til 30. august 2016

Den 14. august 2016 fremsatte A krav om stillingsutvidelse med grunnlag i utført merarbeid de siste 12 måneder, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Arbeidsgiver avsto kravet i brev datert 18. oktober 2016. Avslaget var begrunnet med at det ikke var grunnlag til å tro at sykefravær av det omfang som har vært vil vedvare, samt at omstrukturering i selskapet vil medføre mindre utlån av timer til IT/butikksupport.

Vaktoversikt forelagt nemnda viser at A har arbeidet 579,75 timer utover sin faste stilling i perioden 14. august 2015 til 13. august 2016. Full stilling utgjør 1950 timer per år.

Saken ble brakt inn for tvisteløsningsnemnda ved brev av 6. november 2016.

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

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidstaker:

- brev av 6. november 2016
- e-post av 4. desember 2016
- e-post av 31. mai 2017
- e-post av 6. juni 2017

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- e-post av 16. mai 2017
- e-post av 2. juni 2017

Arbeidstakers anførsler

A anfører i det vesentligste at merarbeidet viser et stabilt behov som gir rett til utvidet stilling tilsvarende faktisk arbeidstid, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a. Nedgang i omsetning var ikke begrunnelsen for bortfalt behov for merarbeid ved avslagstidspunktet. Omsetningssvikten

skyldes ombygging og utvidelse av kjøpesenteret X og anses å være forbigående. Arbeidet skal være ferdig høsten 2017. Arbeidstaker viser til at hun har utført merarbeid også i 2017.

Behovet for merarbeid er fortsatt tilstede og retten til stilling tilsvarende faktisk arbeidstid kan ikke omgås med enkeltstående midlertidige ansettelser.

Arbeidsgivers anførsler

B anfører i det vesentligste at behovet for merarbeid har redusert. Behovet for å dekke opp for sykefravær og permisjoner er ikke lenger tilstede. Det er også nedgang i omsetning grunnet omfattende ombygging. Butikken har hatt en nedgang på over 44 000 liter som utgjør en omsetningssvikt på 7,4 millioner kroner. Som en konsekvens av dette har de overført en stilling til en annen butikk. Butikken anslår å bruke 2000 færre timer siden 2015. Nedgang i timeforbruket skyldes at to personer er gått over i uførepensjon og disse stillingene er ikke erstattet. I 2015 hadde butikken et høyere sykefravær og flere permisjoner enn normalt. Forholdene er nå normalisert ved at langtidssykemeldte og arbeidstakere i permisjon er tilbake i jobb.

Videre viser arbeidsgiver til at de har større behov for arbeidskraft ved ukens siste dager enn tidligere i uken, noe som gjør det svært utfordrende å skape stillinger med stor stillingsbrøk.

Twisteløsningsnemndas merknader

Twist 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).

Etter 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. Tolv månedersperioden skal beregnes med utgangspunkt i det tidspunkt arbeidstaker fremmet sitt krav.

A fremsatte sitt krav for arbeidsgiver 14. august 2016, og den påberopte opptjeningsperioden i denne saken er dermed fra 14. august 2015 til 13. august 2016.

Uenigheten mellom partene i denne saken er om behovet for merarbeid har bortfalt. Videre er de uenige om de avtalte vikariatene skal anses som «arbeid utover avtalt arbeidstid» og derved inngå i beregningsgrunnlaget.

Nemnda vil først ta stilling til om de avtalte vikariatene er «arbeid utover avtalt arbeidstid».

Nemnda viser til bestemmelsens forarbeider (Prop. 83 L for 2012-2013, pkt. 4.4.4.2), hvor det fremkommer at bestemmelsen 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 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». Som eksempel nevner forarbeidene en deltidsarbeidende med 50 prosent stilling som for en periode i tillegg er ansatt i et vikariat i 50 prosent for en kollega som er i foreldrepermisjon. I et slikt tilfelle vil arbeidstaker (for en tid) ha avtalt arbeidstid tilsvarende full stilling; tilleggsstillingen kan således ikke anses som «*arbeid utover avtalt arbeidstid*». På den annen side presiseres det i forarbeidene at det ikke er «meningen at retten skal kunne uthules av at typiske ekstravakter konstrueres som enkeltstående midlertidige ansettelser». Det sentrale i vurderingen er «arbeidets varighet og dets karakter av å dekke en «merarbeidssituasjon» eller om det fremstår som «ekstraarbeid».

A har hatt 11 midlertidige avtaler i beregningsperioden, hvor samtlige avtaler er signert etter arbeidet er utført, bortsett fra periodene 1. juni til 22. august 2015 og 1. juni til 30. august 2016 som er signert første dag i perioden og mot slutten av perioden. Kun avtalen for perioden 22. januar til 23. januar 2016 er oppgitt å være for en navngitt person. Arbeidet etter avtalene er utført på grunn av ferie eller sykdom og det er i ettertid oppført hvem som har vært syk/hatt ferie. Arbeidet fremstår for nemnda som ekstravakter som dekker en merarbeidssituasjon og nemnda finner derved at vaktene etter alle disse midlertidige avtalene skal tas med i beregningsgrunnlaget.

Når det gjelder jevnlighetsvilkåret fremkommer av bestemmelsens forarbeider (Prop. 83 L for 2012-1013) 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 opptjeningsperioden, 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 opptjeningsperioden at det vitner om et stabilt og varig behov hos arbeidsgiver. For øvrig vises det til vedtak 20/16, hvor nemnda har gitt en utførlig beskrivelse av sitt syn på forståelsen av jevnlighetskriteriet i arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Etter nemndas forståelse av kravet til jevnlighet må A ha krav på økt stilling. Merarbeidet i denne saken har vært jevnt fordelt utover året. Nemnda viser til at A har hatt ekstravakter hver måned i beregningsperioden, bortsett fra juni 2016 hvor hun har avviklet ferie. Merarbeidet fremstår dermed etter en helhetsvurdering som en etablert praksis som oppfyller lovens krav.

Arbeidsgiver har anført at behovet for merarbeid har bortfalt ettersom behovet for å dekke opp for sykefravær og permisjoner ikke lenger er tilstede. Det er også nedgang i omsetning grunnet omfattende ombygging. Butikken har hatt en nedgang på over 44 000 liter som utgjør en omsetningssvikt på 7,4 millioner. Behovet for merarbeid er dermed betydelig redusert. Butikken anslår å bruke 2000 færre timer siden 2015. I 2015 hadde butikken et høyere sykefravær og flere permisjoner enn normalt. Forholdene er nå normalisert ved at langtidssykemeldte og arbeidstakere i permisjon er tilbake i jobb.

Nemnda må derfor ta stilling til hvorvidt arbeidsgiver i tilstrekkelig grad har dokumentert at behovet for As merarbeid var bortfalt på avslagstidspunktet eller at det var sannsynlig at behovet ville bortfalle i nær fremtid.

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 har bortfalt.

Arbeidsgiver opplyste på avslagstidspunktet at behovet for å dekke opp for sykefravær og permisjoner ikke lenger var tilstede, samt at omstrukturering i selskapet ville føre til mindre utlån av timer til IT/butikksupport. Langtidssykemeldte og arbeidstakere i permisjon var nå tilbake i jobb. I ettertid har arbeidsgiver opplyst om nedgang i omsetning grunnet omfattende ombygging. Butikken anslår å bruke 2000 færre timer siden 2015, men dette kommer blant annet av at to personer er gått over i uførepensjon og disse stillingene er ikke erstattet. Nemnda finner det ikke tilstrekkelig underbygget at det ikke vil være behov for ekstravakter. Nemnda bemerker at arbeidsgivers anførsler er for generelle, og sier ikke noe om det konkrete bemanningsbehovet ved butikken. Dokumentasjonen nemnda har mottatt er ikke tilstrekkelig konkret til at det er mulig å etterprøve arbeidsgivers vurdering av bortfalt behov på tidspunktet for avslaget.

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. Det følger imidlertid av forarbeidene at en slik metode ikke skal følges slavisk, og det heter i forarbeidene at det "bør imidlertid være åpent for å benytte et visst skjønn i vurderingen". Nemnda ser det slik at det er arbeidsgivers *stabile og varige* behov for økt arbeidskraft som skal fylles, og at nemnda derfor skal fastsette en stillingsutvidelse i samsvar med det ekstraarbeidet som kan sies å være uttrykk for et slikt behov.

Dokumentasjon i saken viser at A har utført 579,75 merarbeidstimer i beregningsperioden. Opptjent stillingsøkning må etter nemndas oppfatning beregnes med utgangspunkt i brutto årstimetall i full stilling fratrukket ferie, idet det vil være den arbeidstiden som tilsvarer 100 prosent stilling. En full stilling er oppgitt å være 1950 timer brutto per år, noe som tilsier en netto årlig arbeidstid på 1762,5 timer når ferie trekkes fra. Det utførte merarbeidet tilsvarer dermed en stillingsprosent på 34,75.

Konklusjon

A har rett til økning av sin stilling med en stillingsprosent på 34,75.

Tvisteløsningsnemnda

Steffen Rogstad
nestleder

15.06.2017

Til orientering:

Twister 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).