



Tvisteløsningsnemnda

Vedtaksdato
22.03.2019

Vår referanse
2018/45208

Saksbehandler
Mona Ekelund

VEDTAK NR 36/19 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Tvisteløsningsnemnda avholdt møte torsdag 14. mars 2019

Ved behandlingen av saken var tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Anne Marie Due, leder
Silje Hassellund Solberg, LO
Per H. Engeland, 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 timelønnet ekstrahjelp i B, avdeling V. Hun jobber fast to ettermiddager à 4 timer hver uke og 5 timer annenhver lørdag. Arbeidsgiver anser henne som fast ansatt med rett og plikt til å arbeide gjennomsnittlig 10,5 timer per uke.

Den 20. september 2018 fremsatte A krav om stillingsutvidelse på grunnlag av utført merarbeid de siste 12 måneder, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

I e-post av 27. september 2018 svarte arbeidsgiver at A har arbeidet gjennomsnittlig 10,23 timer per uke i beregningsperioden og at dette gir grunnlag for en fast stillingsprosent på 27.

Vaktoversikt som er forelagt nemnda viser at A har arbeidet 407,3 timer utover avtalt arbeidstid i perioden fra og med 20. september 2017 til og med 19. september 2018.

Saken ble brakt inn for Tvisteløsningsnemnda ved e-post av 11. oktober 2018.

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 11. oktober 2018 med vedlegg
- e-post av 19. november 2018 med vedlegg
- e-post av 7. desember 2018 med vedlegg
- e-post av 5. mars 2019

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev datert 15. november 2018 med vedlegg
- e-post av 20. februar 2019
- e-post av 4. mars 2019
- e-post av 6. mars 2019
- e-post av 7. mars 2019

Arbeidstakers anførsler

A anfører i det vesentligste at alle timer hun har jobbet skal tas med ved fastsettelse av ny stillingsprosent, og at hun har krav på 35 prosent stilling. Før saken ble sendt til Tvisteløsningsnemnda differensierte ikke arbeidsgiver mellom faste timer og ekstratimer i forbindelse med kampanjer eller vikartimer for andre.

Arbeidsgivers anførsler

B anfører i det vesentligste:

A er fast ansatt og har arbeidet 10,23 timer gjennomsnittlig pr uke i beregningsperioden. Dette utgjør 27 prosent stilling. Timer A har arbeidet utover dette skal gå til fradrag ved beregningen av ny fast stillingsprosent. Dette innebærer at merarbeid i forbindelse med kampanjer, ferieavvikling, sykefravær og butikkleaders fravær, skal gå til fradrag. A vil få begrenset med slike timer framover, da nestleder i butikken skal være mer tilstede.

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 merarbeidet ikke lenger foreligger. Tolvmånedersperioden skal beregnes med utgangspunkt i det tidspunkt arbeidstaker fremmet sitt krav.

Arbeidstaker fremsatte sitt krav for arbeidsgiver 20. september 2018. 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 20. september 2017 til og med 19. september 2018. Dokumentasjonen som er forelagt nemnda viser at A har arbeidet 407,3 timer utover avtalt arbeidstid i denne perioden. Full stilling utgjør 1950 timer per år.

Uenigheten mellom partene i denne saken gjelder hvilket merarbeid som skal inngå i beregningsgrunnlaget og hvorvidt behovet for deler av A merarbeid er bortfalt som følge av endret organisering av personell i butikken.

Nemnda vil først ta stilling til hva som skal inngå 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».

Nemnda har kommet til at alle merarbeidstimer A har arbeidet i beregningsperioden må anses som «arbeid utover avtalt arbeidstid». Nemnda har tatt utgangspunkt i at A har en fast stilling med et arbeidsomfang på 10,5 timer gjennomsnittlig per uke, som utgjør en

stillingsprosent på 30,98. Det foreligger ingen midlertidig ansettelseskontrakt for ekstravaktene i tilknytning til ferieavvikling, kampanjer, sykefravær eller annet. Dette arbeidet inngår derfor i beregningsgrunnlaget.

Dokumentasjonen som er forelagt nemnda viser etter dette at A har arbeidet 407,30 timer utover avtalt arbeidstid i beregningsperioden. Full stilling utgjør 1950 timer per år.

Retten til stilling tilsvarende faktisk arbeidstid er imidlertid betinget av at merarbeidet er jevnlig utført. 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 utført merarbeid hver måned i beregningsperioden. Etter nemndas vurdering har merarbeidet 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 opplyst at nestleder skal være mer tilstede i butikken og ivareta leders oppgaver ved hennes fravær, og at denne organiseringen vil føre til et redusert behov for A merarbeid.

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.»

Nemnda legger til grunn at arbeidsgiver har sannsynliggjort at endret organisering medfører at noe av arbeidstakers merarbeid har bortfalt. Det er sannsynliggjort at merarbeidet som skyldes leders fravær vil falle bort da det i fremtiden vil bli dekket av nestleders økte tilstedeværelse i butikken.

Når nevnte timer er trukket fra gjenstår 295,8 timer utført merarbeid i beregningsperioden. Store deler av dette merarbeidet er knyttet til typiske sesongtopper i varehandelen som oppstår årlig, uten at det er noe som tyder på at dette vil stille seg vesentlig annerledes i tiden framover.

Ved fastsettelse 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. Merarbeid på 295,8 timer tilsvarer en stillingsprosent på 17.

Det følger imidlertid av forarbeidene at en slik metode ikke skal følges slavisk, og det heter 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. Det må blant annet bety at svært intense perioder med typiske sesongsvingninger eller ekstraordinært sykefravær, ikke uten videre vil gi full uttelling ved fastsettelse av ny stillingsprosent.

Selv om merarbeidet etter en totalvurdering framstår som jevnt fordelt utover året, viser timelistene at det i oktober og desember 2017 og juli 2018 ble utført en betydelig høyere andel merarbeid enn i de øvrige månedene. Etersom oktober og desember er typisk høysesong for varehandelen og hovedferie avvikles i juli har nemnda kommet til at dette merarbeidet ikke kan gi full uttelling i beregningen.

Etter et skjønnsmessig fradrag har nemnda kommet til at A har krav på å få økt sin stilling til en stillingsprosent på 45.

Konklusjon

Arbeidstaker har rett til økning av sin stilling til en stillingsprosent på 45.

Tvisteløsningsnemnda

Anne Marie Due
leder

22.03.2019

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).