

**Vedtaksdato**

25. juni 2022

Vår referanse

2021/258

Saksbehandler

Nina N. Hermansen

VEDTAK NR 42/22 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Tvisteløsningsnemnda avholdt møte torsdag 19. mai 2022.

Ved behandlingen av saken var Tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Anne Marie Due, leder

Vetle Wetlesen Rasmussen, YS

Marianne Pedersen, 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 ekspeditør i stilling på 28 prosent, i gjennomsnitt 10,5 timer i uken, hos B. Arbeidstiden var tidligere fordelt med 2,5 timer i uken ved X og 8 timer i uken ved Z. Nå er hele stillingen omplassert til C fra 1. desember 2021.

A har hatt flere midlertidige arbeidsavtaler:

- I perioden 1. oktober 2020 til 30. november 2020 hadde A en midlertidig stillingsøkning på 52 prosent, totalt 80 prosent stilling.
- I perioden fra og med 1. desember 2020 til og med 30. juni 2021 hadde A en midlertidig stillingsøkning på 72 prosent, totalt 100 prosent stilling. Denne avtalen ble forlenget til og med 31. desember 2021.

I møte 18. november 2021 med arbeidsgiver, 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 brev datert 29. november 2021. Avslaget ble begrunnet med at A har hatt midlertidige kontrakter med økt stilling som følge av koronapandemien, og nå som samfunnet gjenåpnes faller omsetning og bemanningsbehovet. Arbeidsgiver mener at kontraktene ikke har vært en omgåelse av arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Saken ble brakt inn for Tvisteløsningsnemnda ved brev datert 21. desember 2021, registrert inn 31. desember 2021. Overfor nemnda har begge parter fått anledning til å komme med utfyllende merknader i saken.

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidstaker:

- brev datert 21. desember 2021
- brev datert 14. januar 2021
- brev datert 18. mars 2022
- e-post av 11. mai 2022

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev datert 14. mars 2022
- brev datert 22. april 2022 – ber om utsatt svarfrist
- brev datert 4. mai 2022
- e-post av 12. mai 2022

Arbeidstakers anførsler

A anfører i det vesentligste at hun har rett til stilling tilsvarende faktisk arbeidstid. Hun har hatt en rekke tidsbegrensede arbeidsavtaler, men hun har arbeidet betydelig mer enn stillingsprosenten i arbeidsavtalene. Hun har jevnlig arbeidet tilnærmet 100 prosent stilling de siste årene. A anfører at hun med jevne mellomrom muntlig har tatt opp at hun ønsker utvidet stilling tilsvarende faktisk arbeidstid. Videre anfører A at de tidsbegrensede avtalene

ikke kan anses som «avtalt arbeidstid». Hun mener arbeidsgiver konstruerer ekstravakter som enkeltstående midlertidige arbeidsavtaler. Videre mener hun at arbeidsgiver ikke har dokumentert at behovet for merarbeid har bortfalt.

Arbeidsgivers anførsler

B anfører i det vesentligste at A ikke har rett til utvidet stilling tilsvarende faktisk arbeidstid. A har hatt en midlertidig økt stilling til 100 prosent i perioden 1. desember 2020 til 31. desember 2021. Dette er skriftlig avtalt mellom partene, slik at det ikke er snakk om arbeid utover avtalt stillingsprosent i denne perioden. I perioden 16. november 2020 til 30. november 2020 hadde A en midlertidig avtale om 80 prosent arbeid. A arbeidet i denne perioden totalt 79 timer, som innebærer 4 timer merarbeid. Arbeidsgiver anser merarbeidet som direkte knyttet til koronapandemien og et midlertidig økt behov for bemanning. Merarbeid utført i beregningsperioden gir ikke grunnlag for økt stilling etter arbeidsmiljøloven § 14-4 a. Arbeidsgiver opplever nå en nedadgående trend i antall kunder og kundestrømmen er mot normalen, slik før koronapandemien.

For det tilfellet at nemnda kommer til at vilkårene etter arbeidsmiljøloven § 14-4 a er oppfylt, anfører arbeidsgiver subsidiært at A har rett til en stillingsstørrelse på 75,25 prosent.

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

Arbeidstaker fremsatte sitt krav for arbeidsgiver 18. november 2021. 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 18. november 2020 til og med 17. november 2021. Vaktoversikt forelagt nemnda viser at A totalt skal ha arbeidet 1952,5 timer. Fratrullet ferie og annet fravær har hun faktisk arbeidet 1297,25 timer i denne perioden. Full stilling utgjør 1950 timer per år.

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

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

Det er fremlagt en tidsbegrenset arbeidsavtale datert 9. september 2020, for perioden 1. oktober 2020 til 31. desember 2020. I avtalen fremgår det at A får økt stilling til 30 timer i uken. Arbeidsgiver har opplyst at økningen var med 52 prosent, til en 80 prosent stilling. Avtalen er signert av begge parter. Videre er det fremlagt et brev datert 4. november 2020 til A, med tittel «Midlertidig arbeidsavtale som heltidsekspeditor fra 01.12.2020 t.o.m 30.06.2021». Brevet bekrefter en økning av As stilling til 37,5 timer i uken, det vil si 100 prosent stilling. Videre fremgår det av brevet at dersom A ikke aksepterer den midlertidige justeringen, ber de om at hun tar kontakt med HR. Heltidsstillingen ble forlenget og det er fremlagt et brev til A datert 7. mai 2021 med tittel «Forlengelse av midlertidig arbeidsavtale som heltidsekspeditor t.o.m 31.12.2021 i butikken X». I dette brevet står det også at dersom A ikke aksepterer forlengelsen, ber arbeidsgiver om at hun straks tar kontakt med HR.

Nemnda legger til grunn at det foreligger avtalte utvidelser av As stilling og avtalene er inngått før arbeidet er utført. Det midlertidige arbeidet skyldes økt bemanningsbehov under koronapandemien og stillingsutvidelsene er gitt med en varighet på 3 måneder med to forlengelser på 6 måneder hver. Avtalene har således gitt en forutberegnelighet for når og hvor mye A skal jobb i flere perioder av lengre varighet, og vil etter nemndas oppfatning falle inn under begrepet avtalt arbeidstid. Arbeidstimer i henhold til disse avtalene skal derfor ikke skal tas med i beregningsgrunnlaget.

I mottatt vaktoversikt er det ikke redegjort for hvilke vakter som er vakter etter As faste stilling og hvilke vakter som følger av de midlertidige arbeidsavtalene. Det er heller ikke angitt hva som eventuelt er merarbeid utover dette igjen.

I perioden 18. november 2020 til 30. november 2020 hadde A en avtalt arbeidstid på 80 prosent, og i denne perioden arbeidet hun 71 timer, noe som tilsvarer merarbeid på 15,46 timer utover snittarbeidstiden i en 80 prosent stilling.

I den resterende delen av beregningsperioden har A hatt en avtale om 100 prosent stilling. En full stilling utgjør 1950 timer i året, i perioden med 100 prosent stilling skulle A ha jobbet 1880,4 timer. Vaktlisten fra arbeidsgiver viser at A er registrert med 1881,5 timer i denne perioden. A hadde en del fravær i denne perioden, slik at hun faktisk har arbeidet færre timer. Det er imidlertid ikke praksis for at nemnda trekker fra lovlig fravær i den avtalte arbeidstiden. De fremlagt timelistene fra arbeidsgiver skiller som nevnt ikke mellom hva som var As faste stilling, midlertidig avtalt arbeidstid eller merarbeid utover dette. Noe som gjør det vanskelig for nemnda å vurdere hva som er hva. Totalt ser det uansett ut til at A i løpet av beregningsperioden maksimalt har arbeidet $15,46 + 1,1 = 16,56$ timer utover avtalt arbeidstid.

Arbeidsgiver har ikke anført at merarbeidet ikke er utført jevnlig, men at behovet for merarbeid har bortfalt, siden merarbeidet skyldtes koronapandemien.

Nemnda finner det imidlertid nødvendig å påpeke at merarbeidet på 16,56 timer totalt er veldig lite, og at det vanskelig kan sies å vise et jevnlig behov for merarbeid. Videre er det dokumentert at de avtalte utvidelsene av stillingen skyldtes koronapandemien og at behovet for dette arbeidet nå har bortfalt. Nemnda har heller ikke kompetanse til å overprøve lovligheten av midlertidige arbeidsavtaler.

Nemnda har etter dette kommet til at det ikke er utført merarbeid som gir rett til utvidet stilling etter arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Arbeidstakers krav om saksomkostninger avvises, fordi Tvisteløsningsnemnda ikke har hjemmel til å avgjøre et slikt krav.

Konklusjon

A gis ikke medhold.

Tvisteløsningsnemnda

Anne Marie Due
Leder

25. mai 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.