



Tvisteløsningsnemnda

Vedtaksdato
26. august 2022

Vår referanse
2022/69

Saksbehandler
Mona Ekelund

VEDTAK NR 73/22 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Tvisteløsningsnemnda avholdt møte torsdag 25. august 2022.

Ved behandlingen av saken var Tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Anne Marie Due, leder
Ragnhild Bø Raugland, Akademikerne
Mårten Brandsnes Faret, 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 kaioperatør i stilling på gjennomsnittlig 49 prosent hos B, for tiden ved X. Stillingen innebærer minst 71 timer månedlig.

A utfører arbeidet sitt ved Z og det er også der merarbeidet er utført. Ved Z er det 10 ansatte i fast turnus, 3 deltidsansatte uten fast turnus, deriblant A, og en sommervikar i 80 prosent stilling i perioden juni-august. A dekker løpende opp vakter ved behov.

Den 9. mars 2022 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 29. mars 2022. Avslaget ble begrunnet med at det ikke lenger var behov for As merarbeid.

Saken ble brakt inn for Tvisteløsningsnemnda ved brev datert 25. april 2022. Overfor nemnda har begge parter fått anledning til å komme med utfyllende merknader.

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidstaker:

- brev datert 25. april 2022
- brev datert 17. juni 2022
- brev datert 28. juni 2022
- brev datert 19. august 2022

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev datert 3. juni 2022
- brev datert 14. juni 2022
- brev datert 22. juli 2022

Arbeidstakers anførsler

A anfører i det vesentligste at han har rett til utvidet stilling til 96,32 prosent fordi hans timelister viser at han har jobbet 1516,5 timer totalt i perioden 9. mars 2021 – 9. mars 2022 og arbeidsavtalen angir et uketimetall på 33,5, selv om overenskomsten tilsier at dette skal være 33,6.

A avviser at hans timelister er feilført og viser til at B' timelister ikke dokumenterer eventuell feilføring. Han har kun fått en skriftlig tilbakemelding om dette, i juli 2022, om en dag. Manglende kronologi i lister skyldes at arbeidsgiver endrer på oppsatte vakter.

A anfører at behovet for merarbeidet fortsatt er til stede og at arbeidsgiver ikke har dokumentert bortfalt behov. A viser til at sykefraværet ved Z har vært og fremdeles er høyt, uavhengig av pandemien. Merarbeid på grunn av sykefravær, annet korttidsfravær og ferieavvikling må derfor også påregnes framover og det er ingenting som tyder på at

bestillingsnivået vil endre seg. Dessuten antas en kollega å være lengre borte etter hjerteoperasjon, og en skal ut i pappapermisjon. Med bare 10 ansatte er de sårbare for fravær.

Selv om den langtidsfraværende kom tilbake i januar 2022 er det fortsatt behov for merarbeid. A viser til at han i mai 2022 har arbeidet over 100 prosent stilling og at prognoser for sommermånedene tilsier et fortsatt stort behov. Ansettelse av en tilkallingsvikar/deltidsansatt, noe mer enn en sommervikar, 7. juni 2022 står i direkte motstrid til arbeidsgivers uttalelser om at behovet er dalende.

A anfører videre at grunnbemanningen er for lav og at når skiftopplegget etter hvert endres av hensyn til hviletid, etc., vil det være et økt behov for merarbeid.

A anfører også at han har rett til stillingsutvidelse i stillingen som kaioperatør. Tilbudet om kombinasjon kaioperatør/vekker lar seg vanskelig kombinere med fritid/familieliv på grunn av lokasjonsbytter, endringer i arbeidstid/dager og lignende.

Arbeidsgivers anførsler

B anfører i det vesentligste at A ikke har krav på stillingsutvidelse fordi vilkårene i § 14-4 a ikke er oppfylt.

Dersom nemnda mener at vilkårene er oppfylt anfører B at behovet for As merarbeid utover en stillingsøkning til 55 prosent, tilsvarende det han gjennomsnittlig arbeidet per måned i perioden januar – mai 2022, har falt bort.

B anfører at det er flere feilføringer i As timelister. Det må legges til grunn at den som har en vakt i sin faste turnus arbeidet denne, når det ikke er innmeldt fravær. Merarbeid han har fått betalt for, uten å faktisk utføre skal ikke regnes med, som da han fikk endret skift fra natt til ettermiddag.

Arbeidsgiver anfører at As arbeidsmengde er svært variabel og at det primært er i sommermånedene behovet er størst. Merarbeidet oppfylder dermed ikke kravet til jevnlighet.

B anfører videre at behovet for merarbeidet har vært kraftig redusert siden nyttår, da en langtidsfraværende ansatt kom tilbake. Sykefraværet har stabilisert seg på et mer normalt nivå enn i 2020 og 2021, da det var ekstraordinært høyt på grunn av covid-19-pandemien. As merarbeid skyldes også et ekstraoppdrag som selskapet leverer sjeldnere enn en gang per år.

B ønsker reelle og høyest mulig stillingsprosent for sine ansatte og er ikke tjent med kunstig høy prosent som vil kunne medføre nedbemanninger senere. I normaldrift går det ikke å fylle kontraktene til vikarene fullt ut. I perioden mars 21 – mai 22 fylte ikke A en 50 prosent kontrakt i 4 av 15 måneder når vaktene til den langtidsfraværende er fjernet. A har ikke arbeidet utover 100 prosent stilling i mai 2022.

Sommervikaren som ble ansatt i juni 2022 er helt nødvendig for å løse feriekalen og er ikke noe annet enn sommerhjelp.

B opplyser at A har stående tilbud om økt stilling i virksomheten ettersom det er løpende behov for vektere i regionen. Det følger av arbeidsavtalen at A kan flyttes mellom lokasjoner/avdelinger. Arbeidsgiver viser til at en annen ansatt etter eget ønske arbeider både som vekter og som kaioperatør og at stillingene dermed er forenelige.

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

Arbeidstaker fremsatte sitt krav for arbeidsgiver 9. mars 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 9. mars 2021 til og med 8. mars 2022.

Uenigheten mellom partene i denne saken gjelder hvilke vakter som skal tas med i beregningsgrunnlaget, om merarbeidet er jevnlig utført, om behovet for A sitt merarbeid er bortfalt og om han har rett til stillingsutvidelse som kaioperatør ved Z.

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

Arbeidsgiver har anført at As timelister ikke er korrekte og at han har arbeidet færre timer i beregningsperioden enn han hevder.

Slik saken er opplyst har nemnda kommet til at alle timer A har lagt til grunn i kravet og som følger av hans timelister skal anses som vakter han har arbeidet, utenom vakter han fikk betalt for som det er uenighet om at han ikke arbeidet. Dette gjelder noen vakter i mai 2021, da han etter avtale med leder på kort varsel endret skift fra natt til ettermiddag. Dokumentasjonen fra arbeidsgiver i denne saken gir ikke noe sikkert svar på hvem som arbeidet vaktene det er uenighet om. Ettersom arbeidsgiver plikter å føre oversikt over arbeidstakers faktiske arbeidstid etter arbeidsmiljøloven § 10-7 og ikke har dokumentert at A ikke har arbeidet de vaktene han anfører, har nemnda kommet til at det må legges til grunn at han arbeidet disse.

Det går fram av timelistene til A at han har arbeidet totalt 1477 timer i beregningsperioden når de nevnte vaktene i mai er trukket fra. Nemnda har lagt til grunn at det riktige

uketimetallet i stillingen er 33,6 og viser til at begge parter også opplyser at dette er det riktige og som følger av overenskomsten, til tross for at arbeidsavtalen sier 33,5. Full stilling utgjør 1747 timer per år.

Arbeidsgiver har anført at As merarbeid ikke er jevnlig utført og viser til at det i et normalår primært er sommermånedene og noen arbeidstopper her og der at arbeidskraftbehovet er stort.

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.

Ettersom A ikke har fast turnus lar det seg ikke fastslå hvilke av vaktene som inngår i hans faste stillingsprosent og hvilke som er merarbeid. Det følger imidlertid av arbeidsavtalen at han skal arbeide minst 71 timer per måned i den faste stillingen og partene er enige om at uketimetallet i full stilling er 33,6. Uketimetallet i 49 prosent stilling er dermed ca. 16,5 t. Nemnda anser derfor timer utover dette som merarbeid.

Nemnda har kommet til at merarbeidet er utført jevnlig. Merarbeidet i denne saken går etter nemndas oppfatning utover det sporadiske. Selv om det har vært visse svingninger i intensiteten i beregningsperioden, har ekstraarbeidet vært tilstrekkelig jevnt fordelt utover året. Nemnda viser til at A har arbeidet utover 71 timer hver måned i beregningsperioden med et månedlig timetall mellom ca. 86 og 169. Nemnda viser videre til at A har arbeidet mellom ca. 24 og 61 timer i 40 av de 52 ukene beregningsperioden utgjør, og at det er få og korte opphold uten merarbeid. Nemnda finner at ekstraarbeidet har hatt tilstrekkelig omfang, hyppighet og stabilitet i tolv månedersperioden. Merarbeidet fremstår dermed etter en helhetsvurdering som en etablert praksis som oppfyller lovens krav.

B har anført at behovet for As merarbeid ikke lenger foreligger og viser til at en langtidsfraværende ansatt kom tilbake rundt årsskiftet 2021/2022, og at det ikke er påregnelig med så høyt sykefravær framover, da mye av det skyldtes covid-19-pandemien.

Hva som skal til for at behovet for merarbeid ikke lenger anses å foreligge, er ikke nærmere definert i loven. Ordlyden krever imidlertid at arbeidsgiver kan dokumentere at behovet for merarbeidet ikke lenger foreligger, og kravene til dokumentasjonen er i noen grad kommentert i forarbeidene, Prop. 83 L (2012-2013) punkt 4.4.4.5:

«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 merarbeid i tiden framover.»

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. (...)

I sak 129/16 har nemndas flertall uttalt følgende om planlagte nedbemanninger på avslagstidspunktet:

«For at nedbemanningsplaner skal ha betydning i de konkrete sakene nemnda skal avgjøre, må de etter flertallets oppfatning ikke bare fremstå som målsetninger, men være konkrete og allerede under behandling på tidspunktet for arbeidsgivers avslag. Enn videre må den planlagte nedbemanningen redusere behovet for merarbeid i den avdelingen eller enheten der merarbeidet som har utløst kravet på økt stilling, er utført.

Flertallet understreker videre at nedbemanningen, for å være relevant, må ha som virkning at behovet for merarbeid reduseres.»

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.

Slik denne saken er opplyst har nemnda kommet til at arbeidsgiver har dokumentert at behovet for noe av As merarbeid på avslagstidspunktet var bortfalt eller kom til å falle bort i nær fremtid.

Nemnda viser til at det er enighet om at en del av As vakter var for å dekke opp en bestemt kollegas fravær og at vedkommende kom tilbake i arbeid ved årsskiftet 2021/2022. Etter As timelister utgjør de nevnte vaktene totalt 284 timer i beregningsperioden.

I samsvar med nemndas faste praksis er det dermed dokumentert at behovet for å dekke disse vakter var bortfalt på avslagstidspunktet. Når vaktene er trukket fra gjenstår 1193 timer arbeid som A har utført i beregningsperioden.

Arbeidsgiver har anført at sykefraværet har gått ned og at det nå er lavere enn under beregningsperioden, fordi mye skyldtes strenge smitteverntiltak og ekstraordinært fravær på grunn av covid-19-pandemien.

Nemnda har imidlertid kommet til at arbeidsgiver ikke i tilstrekkelig grad har dokumentert at behovet for merarbeid som skyldes sykefravær var bortfalt eller kom til å falle bort i nær fremtid. Nemnda viser til at arbeidsgiver verken har fremlagt dokumentasjon som viser omfang og utvikling med hensyn til sykefraværet, og i tillegg ikke avviser at sykefraværet fremdeles er høyt på lokasjonen. Dette til tross for at arbeidstaker nettopp har anført at arbeidsgiver ikke kan dokumentere at behovet for As merarbeid har falt bort.

A har dermed rett til stilling tilsvarende faktisk arbeidstid i beregningsperioden fratrukket vaktene utført i den langtidsfraværendes stilling. 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 1579,02 timer. Etter nevnte fratrukk gjenstår 1193 timer som A har arbeidet i beregningsperioden, noe som tilsvarer en stillingsprosent på 75,55.

Nemnda har etter dette kommet til at A har rett til stillingsutvidelse til 75,55 prosent.

B har opplyst at A kan få innfridd sitt krav om utvidet stilling, forutsatt at han er villig til å arbeide ved andre lokasjoner i virksomheten, som vekter, noe han ikke ønsker.

Nemnda viser til Prop. 83 L (2012-2013), punkt 4.4.4.6 der departementet forklarer hva retten til stilling tilsvarende faktisk arbeidstid innebærer:

«Deltidsansatte som oppfyller vilkårene etter bestemmelsen har rett til stilling i samsvar med det merarbeidet som er utført. Det innebærer en rett til stilling med samme omfang (stillingsstørrelse), arbeidssted og vakter tilsvarende merarbeidet vedkommende har utført i løpet av beregningsperioden.»

Departementet påpeker videre at:

«... deltidsansatte som oppfyller vilkårene etter bestemmelsen ikke fritt skal kunne velge hvilket sted eller avdeling hun eller han skal utføre arbeidet i den utvidede stillingen. Dersom merarbeidet som har lagt grunnlaget for utvidet stilling har vært utført på et eller flere andre steder/avdelinger enn der arbeidstaker har sitt hovedarbeidssted, må den deltidsansatte akseptere at arbeidsgiver fortsatt velger å bruke vedkommende på forskjellige steder/avdelinger i virksomheten. Det betyr samtidig at arbeidstaker også må akseptere samme omfang av ubekvemme vakter dersom arbeidsgiver ønsker og har behov for dette.»

Til tross for at A er ansatt i et selskap med flere ulike avdelinger og geografisk spredte lokasjoner, er hans stillingstittel fastsatt i arbeidskontrakten slik arbeidsmiljøloven § 14-6 første ledd bokstav b krever. Det er også i denne stillingen hans merarbeid utført. Et tilbud om endret stilling, vil slik nemnda ser det derved ikke oppfylle hans rett til stillingsutvidelse etter arbeidsmiljøloven § 14-4 a. Nemnda påpeker imidlertid at den ikke har kompetanse til å ta stilling til om arbeidsgiver i kraft av styringsretten kan pålegge A endringer i stillingen etter at han har fått utvidet stillingsstørrelsen. Nemnda viser også til

vedtak 92/21, 158/19 og 244/17 der nemnda kom til tilsvarende resultat på samme problemstillinger.

Etter dette har nemnda kommet til at A har rett til økning av sin faste stilling med 26,55 prosent.

Konklusjon

A har rett til økning av sin stilling med en stillingsprosent på 26,55.

Tvisteløsningsnemnda

Anne Marie Due
Leder

26. august 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.