



Tvisteløsningsnemnda

Vedtaksdato
21. januar 2022

Vår referanse
2021/185

Saksbehandler
Birgit Espejord Jensen

VEDTAK NR 5/22 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Tvisteløsningsnemnda avholdt møte torsdag 20. januar 2022.

Ved behandlingen av saken var Tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Anne Marie Due, leder
Silje Hassellund Solberg, LO
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 butikkmedarbeider i stilling på 43,65 prosent hos B ved X.

I beregningsperioden har han også hatt en arbeidsavtale om et konkret sykevikariat for perioden 1. september til 31. desember 2020 på 4,87 timer per uke. Dette tilsvarer 13 prosent stilling over en periode på fire måneder. Han har også en arbeidsavtale som tilkallingsvikar.

Den 29. juni 2021 fremsatte A krav om stillingsutvidelse på grunnlag av utført merarbeid de siste 12 måneder, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Det ble avholdt drøftingsmøte 17. august 2021.

Kravet ble avslått av arbeidsgiver i brev datert 25. august 2021. Avslaget ble begrunnet med at behovet for merarbeid var bortfalt.

Saken ble brakt inn for Tvisteløsningsnemnda ved brev datert 7. september 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 7. september 2021

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev datert 22. oktober 2021
- brev datert 8. november 2021
- brev datert 10. desember 2021
- brev datert 13. desember 2021

Arbeidstakers anførsler

A gjør gjeldende at han har rett til utvidet stilling og anfører i det vesentligste at alt merarbeidet som er utført i perioden skal legges til grunn. Han anfører at merarbeidet er utført fordi han har steppet inn for tilfeldig fravær, og fordi det har vært behov for flere ansatte på jobb. Han anfører at alt merarbeid skal tas med i beregningen.

Videre anfører han at det ikke er sannsynliggjort fra arbeidsgivers side at behovet for merarbeidet har falt bort. Han har siden han ble ansatt i 2015 jobbet mye mer enn den faste stillingsprosenten, og at han ikke kan se at det har endret seg under Covid-19-pandemien.

Arbeidsgivers anførsler

B gjør gjeldende at merarbeidet ikke er utført jevnlig, da merarbeidet er tilfeldig og ikke er planlagt. Videre anfører arbeidsgiver at behovet for merarbeid i det omfang som arbeidstaker hevder å ha utført, er bortfalt.

På grunn av Covid-19-pandemien økte sykefraværet med 14 prosent i 2020, og det var generelt behov for økt bemanning i perioder på grunn av midlertidig omsetningsøkning på 35 prosent og strenge hygienetiltak. Karantenebestemmelser og stengte barnehager og skoler forårsaket at det i perioder var et større vikarbehov enn vanlig.

Arbeidsgiver har videre anført at deler av merarbeidet er relatert til midlertidige arbeidsavtaler. Den ene gjaldt et vikariat på 13 prosent over en periode på fire måneder i 2020. Den andre var på 10 prosent og gjaldt for perioden mai til og med juli 2021. Arbeidsgiver anfører på denne bakgrunn at arbeidet utført i henhold til disse midlertidige arbeidsavtalene har vært avtalt og at det derfor skal tas ut av beregningsgrunnlaget.

Arbeidsgiver anfører også at behovet for As merarbeid har falt bort, og begrunner dette med at omsetningen har falt når samfunnet er åpnet mer. Omsetningssvikten var per oktober 2021 på 15 prosent sammenlignet med 2020. I tillegg gikk omsetningen ytterligere ned høsten 2021 når grensehandelen mot Sverige tok seg opp. Behovet for vikarer er derfor ikke til stede i samme omfang som høsten 2020 og våren 2021.

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 den 29. juni 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 29. juni 2020 til og med 28. juni 2021. Vaktoversikt som er fremlagt for nemnda viser at A har arbeidet 700,37 timer utover sin faste deltidsstilling i denne perioden. Full stilling utgjør brutto 1950 timer per år.

Uenigheten mellom partene i denne saken gjelder hva som skal inngå i beregningsgrunnlaget, om jevnlighetskravet er oppfylt, samt hvorvidt behovet A sitt merarbeid er bortfalt.

Nemnda vil først ta stilling til hva som skal inngå i beregningsgrunnlaget, herunder om de ekstra arbeidede vaktene er å anse som «merarbeid» etter arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

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 stillingsandelen som 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».

I denne saken har arbeidsgiver anført at merarbeid relatert til fravær som følge av pandemien ikke skal tas med i beregningen. Det er videre anført at 13 prosent av merarbeidet er relatert til et vikariat over en periode på fire måneder i 2020. I tillegg anfører arbeidsgiver at merarbeidet tilsvarende 10 prosent fra en kontrakt i perioden mai til og med juli 2021 skal tas ut av beregningsgrunnlaget.

Nemnda vil bemerke at alt ekstraarbeid på grunn av uforutsett fravær er ment å omfattes av bestemmelsen, og at ekstravakter ikke kan tas ut av beregningsgrunnlaget på grunn av at arbeidet i utgangspunktet ikke var planlagt. Slike vakter er dermed å anse som «merarbeid» etter arbeidsmiljøloven § 14-4 a. Nemnda har kommet til at alt utført merarbeid som skyldes pandemien i beregningsperioden, også skal tas med i beregningsgrunnlaget. Nemnda viser til bestemmelsens ordlyd og mener at også merarbeid som har oppstått på grunn av Covid-19 pandemien er å anse som «arbeid utover avtalt arbeidstid», såfremt det ikke er avtalt en midlertidig utvidelse av stillingen.

Nemnda finner i denne sammenheng grunn til å bemerke at arbeidsgivers nåværende eller fremtidige behov for merarbeid ikke er relevant i vurderingen av hva som skal med i beregningsgrunnlaget, men at det foretas en egen vurdering av arbeidsgivers behov for merarbeid etter at nemnda eventuelt finner at arbeidstakers merarbeid i beregningsperioden har vært utført jevnlig.

Slik saken er opplyst fremgår det at det foreligger en midlertidig utvidelse av stillingen ved en vikaravtale for to navngitte ansatte. Det er videre opplyst at det i timeoversikten kun er tatt med timer for utført merarbeid, og at timer fra vikaravtalen på 4,87 timer per uke ikke er tatt med i oversikten, da disse timene har vært avtalt arbeidstid og har inngått i arbeidstakerens faste stillingsandel. Nemnda kan ikke se at det foreligger flere faste timeavtaler utover denne og har derfor kommet til at alt merarbeid som er fremlagt i timeoversikten skal inngå i beregningsgrunnlaget.

Nemnda går så over til vurderingen av om jevnlighetsvilkåret i arbeidsmiljøloven § 14-4 a er oppfylt. 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. Nemnda oppfatter at partene er enig i at arbeidet er utført på de tidspunkter som er lagt fram i timeoversikten.

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 utført merarbeid hver måned, at han ikke har hatt lengre opphold i merarbeidet enn to uker, og til at noen av oppholdene kan forklares med ferie. 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 arbeidstakers merarbeid ikke lenger foreligger. 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 merarbeidet i tiden framover.»

Etter nemndas vedtak 129/16 og senere praksis i nemnda vil det være avgjørende om arbeidsgiver kan dokumentere at behovet for merarbeid var bortfalt på det tidspunktet arbeidsgiver tok stilling til arbeidstakers krav – under forutsetning av at dette skjedde innen rimelig tid. Arbeidsgiver skal ikke kunne trenere saken i påvente av endringer som kan frata arbeidstaker en opparbeidet rettighet.

Nemndas syn er at utviklingen etter tidspunktet for arbeidsgivers avslag ikke er relevant. En vesentlig presisering må imidlertid gjøres. Selv om ordlyden tilsier at behovet for merarbeid allerede må være bortfalt for at arbeidstakers krav skal være avskåret, følger det ganske klart av forarbeidene at også en sannsynlig utvikling i nær fremtid vil kunne ha samme virkning. 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 sykdom, permisjonsopphold e.l.

Nemnda vil innledningsvis bemerke at Covid-19-pandemien utgjør en ekstraordinær situasjon og at det er sannsynlig at X på lik linje med mange andre dagligvarebutikker har hatt økt behov for merarbeid som følge av pandemien. Nemnda legger derfor i utgangspunktet til grunn at det er sannsynlig at noe av behovet for merarbeid vil falle bort når pandemien er over.

Slik denne saken er opplyst har nemnda likevel kommet til at arbeidsgiver ikke i tilstrekkelig grad har dokumentert at behovet for merarbeid er bortfalt eller kommer til å falle bort i nær fremtid, og heller ikke hvor mye av merarbeidet A har utført dette eventuelt gjelder for. Det er i saken lagt ved statistikk over merarbeidet, og denne viser til at det er ulike årsaker til merarbeidet, som sykefravær, ferie, permisjoner og behov for ekstra bemanning. Både arbeidsgiver og arbeidstaker beskriver at fraværet skyldes flere forhold, så som ansatte som har permisjoner eller er sykemeldte av andre grunner enn coronaviruset, og arbeidsgiver hevder at A har jobbet for disse.

Nemnda finner det ikke sannsynliggjort at den anførte omsetningsnedgangen skyldes at behovet har bortfalt fordi pandemien har gått over i en annen fase med mindre inngripende restriksjoner og/eller at kundene beveger seg fritt til å gjøre sine innkjøp i Sverige. Etter nemndas vurdering dokumenterer ikke nedgang i omsetning at behovet for merarbeid på grunn av at ansatte er sykemeldte, behov for å fylle opp vaktlisten eller annet kortvarig fravær blir mindre.

Nemnda finner at det i samsvar med tidligere praksis kan være relevant å vektlegge utviklingen av behovet for merarbeid i tiden etter avslaget. Restriksjoner i samfunnet som følge av pandemien ble strammet inn utover høsten 2021 og foreligger fortsatt. Arbeidsgiver har også lagt ved kopi av en midlertidig arbeidsavtale om ekstra jobb for en periode høsten 2021, og nemnda har kommet til at utviklingen i saken etter beregningsperioden indikerer at behovet for merarbeid ikke er bortfalt.

A har dermed rett til stilling tilsvarende faktisk arbeidstid i beregningsperioden. 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 økning i stilling må etter nemndas oppfatning beregnes med utgangspunkt i brutto årstimetall i full stilling fratrukket ferie, i dette tilfellet 1762,50 timer. Dokumentasjonen i saken viser at A har arbeidet 700,37 timer utover avtalt arbeidstid i beregningsperioden, noe som tilsvarer en stillingsprosent på 39,74. Samlet utgjør dette en stillingsprosent på 83,39.

Konklusjon

A har rett til økning av sin stilling med en stillingsprosent på 39,74.

Tvisteløsningsnemnda

Anne Marie Due
Leder

21. januar 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.