



Tvisteløsningsnemnda

Vedtaksdato
24. april 2020

Vår referanse
2019/26597

Saksbehandler
Maria Schilvold

VEDTAK NR 55/20 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Tvisteløsningsnemnda avholdt møte torsdag 23. april 2020.

Ved behandlingen av saken var Tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Steffen G. Rogstad, nestleder
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 førstesekretær/sentral intervjuer i stilling på 38 prosent ved Seksjon X i B.

Den 7. juni 2019 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 sendt via e-post den 12. november 2019. Avslaget ble først og fremst begrunnet med at de ekstra timene A hadde jobbet ikke kan anses som «merarbeid» i lovens forstand, ettersom disse var arbeidet som et utslag av ombytting av timer mellom ansatte innenfor rammen av avtalte og tilbudte timer. Videre var avslaget, dersom det skulle vise seg at ekstra arbeidede timer som følge av ombytting likevel var å anse som merarbeid, subsidiært begrunnet med at behovet for merarbeid ville bortfalle fordi arbeidsgiver enkelt kunne innføre begrensninger i muligheten til å påta seg vakter for andre ansatte.

Saken ble brakt inn for Tvisteløsningsnemnda ved e-post av 7. desember 2019. 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 5. desember 2019, med vedlegg
- e-post av 9. desember 2019, med vedlegg
- e-post av 13. januar 2020, med vedlegg

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- e-post av 20. desember 2019, med vedlegg
- e-post av 28. januar 2020, med vedlegg

Arbeidstakers anførsler

A gjør gjeldende at hun har krav på stilling tilsvarende faktisk arbeidstid, og anfører i det vesentligste at alle arbeidede timer i beregningsperioden utover hennes faste stilling skal regnes som merarbeid.

Arbeidsgivers anførsler

B gjør gjeldende at A ikke har krav på stilling tilsvarende faktisk arbeidstid. De anfører i det vesentligste at A ikke har hatt «merarbeid» i lovens forstand i beregningsperioden, idet de ekstra arbeidede timene er arbeidet frivillig fra hennes side og ikke pålagt ekstraarbeid fra arbeidsgivers side. B oppgir at de ekstra arbeidede timene er et resultat av ombytting av vakter mellom de ansatte og oppdekking av vakter ved sykefravær.

Videre anfører B subsidiært at behovet for merarbeid er bortfalt, da flere ansatte er tilbudt en midlertidig stillingsøkning og det er foretatt nyansettelser ved avdelingen med oppstart 1.

februar 2020. Dette medfører ifølge B at avdelingen vil ha en estimert overkapasitet på 5 000 timer for 2020.

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

Arbeidstaker fremsatte sitt krav for arbeidsgiver 7. juni 2019. 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 7. juni 2018 til og med 6. juni 2019. I foreliggende sak har nemnda ut ifra dokumentasjonen i saken funnet det godtgjort at A har arbeidet 397,20 timer utover avtalt arbeidstid i denne perioden. Det er fra arbeidsgivers side opplyst at en stilling på 38 prosent utgjør 700 timer per år, som vil si at en full stilling utgjør 1 842 timer per år.

Uenigheten mellom partene i denne saken gjelder hva som skal inngå i beregningsgrunnlaget og hvorvidt behovet for As 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.

Det fremstår for nemnda som noe uklart hva som er bakgrunnen for at A i beregningsperioden har arbeidet utover sin faste stilling på 38 prosent. Nemnda viser til at det i brev fra arbeidsgiver til Tvisteløsningsnemnda datert 20. desember 2019 er opplyst at de ekstra vaktene A har arbeidet er «frivillig påtatt for å dekke opp andres egenmeldinger og korttidsfravær som skjer i det daglige med kort planleggingshorisont» og at disse «ikke [er] uttrykk for en generell økt arbeidsbyrde», mens det i brev fra arbeidsgiver til Tvisteløsningsnemnda datert 28. januar 2020 opplyses at «grunnet den særskilte fleksible ordningen hvor B tillater at ansatte arbeider mindre enn avtalte timer (...) innebærer det i praksis at noen arbeider mer enn avtalte timer», og at det er på denne måten at A har arbeidet ekstra.

Til dette vil nemnda først bemerke at det nettopp er ekstravakter på grunn av blant annet sykefravær og annet uforutsett fravær som er ment å omfattes av bestemmelsen, og at ekstravakter ikke kan tas ut av beregningsgrunnlaget på bakgrunn av dette. Slike vakter er dermed å anse som «merarbeid» etter arbeidsmiljøloven § 14-4 a. Videre har nemnda ikke funnet det tilstrekkelig sannsynliggjort at As ekstravakter er vakter hun har byttet til seg, da det ikke er fremlagt noen dokumentasjon på hvilke vakter dette eventuelt gjelder. På denne

bakgrunn har nemnda funnet at alle arbeidede vakter utover As stilling på 38 prosent skal tas med 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 «jevnlign» 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 hatt ekstravakter hver måned i beregningsperioden. 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.

Arbeidsgiver har subsidiært 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. I bestemmelsens forarbeider, Prop. 83 L (2012-2013) punkt 4.4.4.5, uttaler departementet blant annet at:

«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 presiserer at tidspunktet for vurderingen av behovet for merarbeid er ved fremsettelsen av krav om økt stilling eller i nær framtid fra dette tidspunktet. Slik denne saken er opplyst har nemnda kommet til at arbeidsgiver ikke i tilstrekkelig grad har dokumentert at behovet for merarbeid var bortfalt eller kom til å falle bort i nær framtid. Nemnda finner ikke å kunne legge vekt på de midlertidige stillingsøkningene, da det ikke er fremlagt noen dokumentasjon fra arbeidsgiver på hvor mange timer disse dekket. Videre finner nemnda at rekrutteringen av nye ansatte med oppstart 1. februar 2020 ligger for langt

etter i tid til å reflektere arbeidsgivers behov for merarbeid i nær framtid fra fremsettelsen av kravet.

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 stillingsøkning må etter nemndas oppfatning beregnes med utgangspunkt i brutto årstimetall i full stilling fratrukket ferie, i dette tilfellet 1668,5 timer. Dokumentasjonen i saken viser at A har arbeidet 397,20 timer utover avtalt arbeidstid i beregningsperioden, noe som tilsvarer en stillingsprosent på 27,90. Samlet utgjør dette en stillingsprosent på 65,90.

Konklusjon

Arbeidstaker har rett til økning av sin stilling med en stillingsprosent på 27,90.

Tvisteløsningsnemnda

Steffen G. Rogstad
Nestleder

24. april 2020

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 (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 fra det tidspunktet parten ble underrettet om nemndas avgjørelse, jf. arbeidsmiljøloven § 17-2 (3).

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 (4).