



Tvisteløsningsnemnda

Vedtaksdato

25. juni 2021

Vår referanse

2021/42

Saksbehandler

Trine Elisabeth Selnes/Maria
Schilvold

VEDTAK NR 84/21 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Tvisteløsningsnemnda avholdt møte torsdag 24. juni 2021.

Ved behandlingen av saken var Tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Anne Marie Due, leder

Vetle Wetlesen Rasmussen, YS

Silje Stadheim Almestrand, NHO

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 Goods-flow Co-worker (logistikkmedarbeider) i stilling på 80 prosent ved B, for tiden ved enhet X. Frem til 1. februar 2020 hadde han en stilling på 66,67 prosent. Han har i perioden 18. oktober 2019 til og med 31. desember 2019 hatt en midlertidig stillingsutvidelse på 33,33 prosent og i desember 2020 hadde han en midlertidig stillingsutvidelse på 12 prosent.

Den 29. desember 2020 fremsatte arbeidstaker per e-post krav om stillingsutvidelse til 93 prosent på grunnlag av utført merarbeid de siste 12 måneder, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Kravet ble delvis avslått av arbeidsgiver muntlig den 12. januar 2020, og senere i e-post av 9. februar 2021. Arbeidsgiver mente arbeidstaker kun hadde krav på å få utvidet sin stilling med 4 prosent, idet noe av merarbeidet skyldtes ekstraordinære omstendigheter knyttet til Covid-19-pandemien, i tillegg til at arbeidstaker hadde hatt midlertidige stillingsutvidelser i deler av beregningsperioden.

Saken ble brakt inn for Tvisteløsningsnemnda ved brev datert 25. februar 2021.

Etter å ha foretatt en ny vurdering basert på andre datoer for beregningsperioden enn ved første vurdering, har arbeidsgiver i brev datert 17. mars 2021 tilbudt arbeidstaker ytterligere 2,1 prosent utvidet stilling, slik at han totalt har fått tilbud om 6,1 prosent utvidelse av stillingen. Partene inngikk på denne bakgrunn den 27. april 2021 en ny arbeidskontrakt med 86,1 prosent stilling med virkning fra 1. februar 2021. Arbeidstaker har samtidig opprettholdt sitt krav om utvidet stilling til 93 prosent.

Overfor nemnda har begge parter fått anledning til å komme med utfyllende merknader i saken.

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidstaker:

- brev datert 25. februar 2021 med vedlegg
- e-post av 2. mars 2021
- e-post av 19. mars 2021 med vedlegg
- e-post av 12. april 2021 med vedlegg
- brev datert 18. mai 2021 med vedlegg
- e-post av 21. juni 2021
- e-post av 22. juni 2021 med vedlegg

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev datert 22. mars 2021 med vedlegg
- e-post av 22. mars 2021 med vedlegg
- e-post av 22. mars 2021
- brev datert 27. april 2021 med vedlegg
- e-post av 27. april 2021 med vedlegg

Arbeidstakers anførsler

A gjør gjeldende at han har krav på utvidet stilling til 93 prosent, og anfører i det vesentligste at behovet for merarbeid fremdeles foreligger. A anfører at ingenting av merarbeidet skyldes Covid-19-pandemien, og at dette understøttes av at merarbeidet har vært utført jevnt i hele beregningsperioden. Han anfører derfor at alle timer som er arbeidet utover avtalt arbeidstid i beregningsperioden skal regnes med og at behovet for dette merarbeidet fremdeles foreligger.

A anfører videre at bytte av vakter har skjedd etter arbeidsgivers ønske når det har oppstått behov for mer bemanning på dager han egentlig ikke skulle jobbet, eksempelvis på grunn av sykefravær, og tilsvarende mindre behov på dager han egentlig var satt opp.

Arbeidsgivers anførsler

B gjør gjeldende at A har fått den stillingsutvidelsen han skal, da han har fått tilbud om og akseptert 6,1 prosent utvidet stilling. B anfører at vakter A ikke har jobbet som følge av bytte av vakter må trekkes fra ved beregningen av utført merarbeid.

B anfører videre at deler av behovet for merarbeidet er bortfalt, og viser til at det på grunn av Covid-19-pandemien oppstod ekstraordinære hendelser som førte til et midlertidig behov for merarbeid i mars og april 2020. For As vedkommende hevder B at 16 timer av merarbeidet skyldtes disse hendelsene. B oppgir at arbeidsgiver i etterkant har opparbeidet seg erfaring og utarbeidet retningslinjer for å håndtere utfordringer i forbindelse med pandemien, og mener at behovet for merarbeid som oppstod på grunn av koronaviruset derfor ikke lenger foreligger.

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 29. desember 2020. 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. desember 2019 til og med 28. desember 2020.

Partene er uenige om hvor mange timer A har arbeidet utover avtalt arbeidstid i beregningsperioden. I en stemplingsrapport nemnda har fått fremlagt, fremgår det at A både har jobbet vakter utover avtalt arbeidstid samtidig som han ikke har jobbet noen av de

vaktene som opprinnelig var avtalt. Arbeidsgiver har oppgitt at dette er på grunn av bytte av vakter med ulike arbeidstider, og de mener derfor at vaktene han ikke har jobbet må trekkes fra ved beregningen av utført merarbeid. Nemnda er enig med arbeidsgiver i at vakter som er byttet bort må komme til fradrag i merarbeidet, uavhengig av om vaktbyttene skyldes behov på arbeidsgivers ellers arbeidstakers side. Ifølge stemplingsrapporten sammenholdt med en sykemelding nemnda har fått tilsendt har A arbeidet 131,5 timer utover avtalt arbeidstid i beregningsperioden. Full stilling utgjør 1950 timer per år.

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 skjønsmessig 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 jevnlign og at A må ha krav på økt stilling. 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 arbeidstaker har avvirket lovbestemt ferie i tre av ukene i en periode på seks uker 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.

Partene er imidlertid uenige om hvorvidt deler av behovet for A sitt merarbeid er bortfalt.

Arbeidsgiver har anført at behovet for arbeidstakers merarbeid som følge av ekstraordinære hendelser i forbindelse med Covid-19-pandemien ikke lenger foreligger, og mener at dette utgjør 16 timer av det utførte merarbeidet. 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.»

Slik denne saken er opplyst har nemnda kommet til at arbeidsgiver ikke i tilstrekkelig grad har dokumentert at deler av behovet for merarbeid var bortfalt eller kom til å falle bort i nær fremtid. Nemnda legger i vurderingen vekt på at det ikke er nærmere konkretisert og dokumentert hvorfor behovet for merarbeidet oppstod og hvilke tiltak arbeidsgiver har iverksatt som eventuelt gjør at behovet ikke lenger foreligger, annet enn en generell henvisning til utfordringer i forbindelse med Covid-19-pandemien og at nye erfaringer og rutiner har gjort arbeidsgiver i stand til å håndtere utfordringene. Nemnda legger videre vekt på at A i tiden før og etter mars og april 2020 har hatt omtrent like mye merarbeid som i disse to månedene, noe som etter nemndas syn tilsier at behovet for merarbeid har vært det samme uavhengig av pandemien.

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 1762,5 timer. Dokumentasjonen i saken viser at A har arbeidet 131,5 timer utover avtalt arbeidstid i beregningsperioden, noe som tilsvarer en stillingsprosent på 7,46. Korrigert for økningen på 6,1 prosent som arbeidstaker allerede har fått innvilget fra 1. februar 2020, tilsvarer dette en økning på ytterligere 1,36 prosent. Ny stillingsprosent blir dermed 87,46.

Konklusjon

Arbeidstaker har rett til økning av sin stilling med en stillingsprosent på 1,36.

Tvisteløsningsnemnda

Anne Marie Due
Leder

25. juni 2021

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).