



Tvisteløsningsnemnda

Vedtaksdato
4. mars 2021

Vår referanse
2020/159

Saksbehandler
Trine Elisabeth Selnes

VEDTAK NR 24/21 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Tvisteløsningsnemnda avholdt møte onsdag 3. februar 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 logistikkmedarbeider i stilling på 58 prosent hos B. Frem til 1. oktober 2019 var han ansatt i en stilling på 36 prosent.

Den 29. juli 2020 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 3. august 2020. Avslaget ble begrunnet med at han kun har dekket opp andres fravær i forbindelse med ferie og sykdom, og at dette må trekkes fra beregningsgrunnlaget. Dersom disse timene trekkes fra så er ikke merarbeidet jevnlig utført.

Saken ble brakt inn for Tvisteløsningsnemnda ved e-post av 25. august 2020. 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 25. august 2020
- e-post av 2. september 2020
- e-post av 9. oktober 2020
- e-post av 9. desember 2020
- e-post av 14. januar 2021

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- e-post av 24. september 2020
- e-post av 1. desember 2020
- brev datert 8. januar 2021
- brev datert 15. februar 2021

Arbeidstakers anførsler

A anfører i det vesentligste at han har arbeidet merarbeid jevnlig de siste tolv månedene og at han har krav på utvidet stilling på bakgrunn av dette.

A anfører at han ikke har signert på en midlertidig kontrakt for perioden 1. juni til 31. august 2020. Han anfører at kontrakten som B har lagt frem ikke kan anses som en gyldig inngått avtale.

A er ikke enig med arbeidsgiver i at det ikke er behov for hans merarbeid. A har også etter beregningsperioden arbeidet mer enn hans faste deltidsstilling tilsier og har nå i tillegg fått en midlertidig kontrakt på 12 prosent for en kortere periode da en annen ansatt er ute i permisjon. A viser også til at B har utlyst stillinger han er kvalifisert for og at de har ansatt flere arbeidstakere, noe som viser at behovet for merarbeid ikke er bortfalt.

Arbeidsgivers anførsler

B anfører i det vesentligste:

De fleste timene som er arbeidet utover As faste stilling kan knyttes til andres feriefravær eller sykdom og må derfor trekkes fra beregningsgrunnlaget.

Det ble opplyst at det er høysesong for logistikkavdelingen for B mellom mai og september. Han hadde derfor en kontrakt om å arbeide 42 prosent ekstra i perioden 1. juni til 31. august 2020.

Arbeidsgiver anfører at det ville være uheldig om A får rett til utvidet stilling nå for så å gjennomføre en nedbemanningsprosess i etterkant av pandemien. Det har vært ekstra mange ansatte som har hatt fravær og de har i tillegg hatt flere kunder i 2020 på grunn av Covid-19.

Det anføres videre at vaktene som de nyansatte skal arbeide ikke passer overens med As øvrige turnus, slik at det ikke er mulig for ham å få noen av disse vaktene fast. Logistikkavdelingen har fast arbeidstid mellom klokken 6 og 10, da varepåfyll må skje før butikken åpner. De hadde derfor behov for flere personer som kunne jobbe innenfor dette tidsrommet.

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. juli 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. juli 2019 til og med 28. juli 2020. As stemplingsrapport som er lagt frem for nemnda viser at han har arbeidet 432 timer utover sin faste deltidsstilling i denne perioden. Full stilling utgjør 1950 timer per år.

Uenigheten mellom partene i denne saken gjelder hva som skal inngå i beregningsgrunnlaget, om jevnlighetskravet er oppfylt samt om behovet for merarbeidet er bortfalt.

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

B har anført at de timene hvor A har vikariert for andre ansatte på grunn av deres feriefravær eller sykefravær ikke skal telle med.

Det fremgår av lovforarbeidene, jf. Prop.83 L (2012-2013) kap 6. punkt 6.1 at «[b]estemmelsen skal gjelde uavhengig av om det er økt arbeidsmengde, sykefravær eller andre forhold som begrunner behovet». Merarbeid som følge av feriefravær og sykefravær skal derfor inngå i beregningsgrunnlaget.

Arbeidsgiver har videre vist til at det ble inngått en midlertidig arbeidsavtale om en økning av arbeidet på 42 prosent i perioden 1. juni til 31. august 2020, og at dette merarbeidet derved må komme til fradrag i beregningsgrunnlaget.

Etter bestemmelsen i arbeidsmiljøloven § 14-4 a har arbeidstaker har rett til stilling tilsvarende «faktisk arbeidstid». Beregningen skal derfor foretas på grunnlag av de timer arbeidstaker faktisk har arbeidet utover avtalt arbeidstid.

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 den deltidsansatte formelt er ansatt i. 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».

Arbeidsgiver har lagt frem en usignert arbeidskontrakt som gjelder for perioden 1. juni 2020 til 31. august 2020 om at arbeidstakeren hadde en utvidet stilling på 42 prosent, som støtte for at dette arbeidet var avtalt. A mener at siden den midlertidige arbeidsavtalen ikke er signert, så medfører det at den ikke er gyldig og at timene som er arbeidet i denne perioden må anses som merarbeid.

Nemnda har kommet til at det er inngått en midlertidig avtale om utvidelse av stillingen i perioden 1. juni til 21. august 2020. I vurderingen har nemnda lagt vekt på at samtlige arbeidsavtaler nemnda har fått tilgang på i denne saken ikke er signert, uten at arbeidstaker har bestridt eksistensen av disse. Dette gjelder også den nyeste avtalen om stillingsutvidelse fra 1. oktober 2019. Det synes således å ha vært praksis at avtalene ikke signeres. A har kun hevdet at det er avtalen om stillingsutvidelse i perioden 1. juni til 21. august 2020 som ikke er inngått. Nemnda har videre lagt vekt på at As ekstravakter ble lagt inn i en arbeidsplan som ga han en forutsigbarhet for når han skulle arbeide. Fremlagt stemplingsrapport viser dessuten at A innrettet seg etter den midlertidige avtalen. Samlet sett taler dette for at A var innforstått med at arbeidet i denne perioden var en midlertidig avtalt utvidelse av hans stilling.

Timene som er arbeidet i denne perioden skal derved ikke inngå i beregningsgrunnlaget.

De øvrige vaktene som er arbeidet på grunn av ferieavvikling utenom denne perioden, skal inngå i beregningsgrunnlaget, da arbeidsgiver ikke har lagt frem dokumentasjon som tilsier at disse vaktene var arbeid utover avtalt arbeidstid.

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 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. Det kan imidlertid ikke stilles bestemte krav til at arbeidet er utført ukentlig e.l. Ved vurderingen av om opphold i merarbeidet påvirker jevnlighetsvurderingen er det i nemndas praksis sett hen til varigheten av oppholdene i merarbeidet og hva oppholdet i merarbeidet skyldes.

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 slik at det vitner om et stabilt og varig behov hos arbeidsgiver.

Etter nemndas forståelse av kravet til jevnlighet har ikke A krav på økt stilling. Nemnda ser at han har lengre perioder med endel merarbeid, men i henhold til ordlyden må merarbeidet være jevnlign i hele beregningsperioden på 12 måneder.

A har i løpet av beregningsperioden to lengre opphold. Det første oppholdet skyldes en sykemelding og varte tre og en halv uke. Det andre oppholdet varte ni uker inkludert tre uker ferie, fra og med uke 23 og ut beregningsperioden. Totalt er det et opphold på 12,5 uker inkludert ferie hvor A ikke har arbeidet merarbeid. Nemnda har etter en konkret vurdering kommet til at det er for store opphold i merarbeidet til at det kan karakteriseres som jevnlign. Merarbeidet har dermed ikke hatt tilstrekkelig omfang, hyppighet og stabilitet i tolv månedersperioden.

Nemnda har etter dette kommet til at A ikke fyller kravene i § 14-4 a, og derfor ikke kan få medhold. Det er etter dette ikke nødvendig å vurdere hvorvidt behovet er bortfalt eller ikke.

Konklusjon

Arbeidstaker gis ikke medhold.

Tvisteløsningsnemnda

Anne Marie Due
Leder

4. mars 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).