

VEDTAK NR 120/17 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Twisteløsningsnemnda avholdt møte tirsdag 23. mai 2017.

Ved behandlingen av saken var tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Steffen G. Rogstad, nestleder
Silje Stadheim Almestrand, NHO
Silje Hassellund Solberg, LO

Saken gjelder

Twist om rett til stilling for deltidsansatte tilsvarende faktisk arbeidstid etter arbeidsmiljøloven § 14-4 a

Arbeidstaker

A

Arbeidsgiver

B kommune

Det ble truffet slikt vedtak:

Saksforhold

A er fast ansatt som assistent ved X i 68,36 prosent stilling i B kommune. Han fikk utvidet sin faste stilling fra 52,06 til 68,36 prosent etter krav fremmet til X den 13. oktober 2015.

Den 9. mars 2016 fremsatte A krav om stillingsutvidelse til Y Miljøarbeidertjeneste i B kommune, på grunnlag av utført merarbeid de siste 12 måneder, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Y avsto søknaden i brev datert 26. april 2016. Avslaget var begrunnet med at merarbeidet ikke var jevnlig utført.

Dokumentasjon partene har fremlagt for nemnda viser at A har arbeidet 438,75 timer utover sin faste stilling i perioden 9. mars 2015 til 8. mars 2016. Det er opplyst at full stilling utgjør 1846 timer per år.

Saken ble brakt inn for tvisteløsningsnemnda ved brev av 13. mai 2016. Overfor nemnda har begge parter fått anledning til å komme med utfyllende merknader i saken.

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidstaker:

- brev av 13. mai 2016
- brev av 1. september 2016

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev av 25. mai 2016
- brev av 11. oktober 2016
- e-post av 3. mai 2016

Arbeidstakers anførsler

A anfører i det vesentligste at han har fått utvidet stilling tilsvarende faktisk arbeidstid for merarbeid utført ved X, men ikke for merarbeid utført for Y Miljøarbeidertjeneste. I henhold til Furusetdommen må B kommune anses som en arbeidsgiver, og krav om stilling tilsvarende faktisk arbeidstid må derfor behandles samlet og uavhengig av hvor i kommunen merarbeidet er utført.

Videre anses behovet for merarbeid fortsatt å være til stede, uavhengig av tidligere omorganisering og vakante stillinger.

Arbeidsgivers anførsler

B kommune v/ Y anfører i det vesentligste at arbeidstaker allerede har fått utvidet sin stilling tilsvarende faktisk arbeidstid ved X hvor han har sin faste ansettelse.

Det er i tillegg utført vakter for Y ved Y tunet miljøarbeidertjeneste, men deler av behovet er bortfalt som følge av omorganisering fra 1. april 2015. Etter pålegg fra fylkesmannen måtte tjenesten sikre riktig og tilstrekkelig kompetanse hos sine ansatte. Mangel på rett kompetanse

medførte flere vakante stillinger, som dels ble organisert på ny under andre avdelinger, og som dels ble besatt av ansatte med nødvendige kvalifikasjoner.

Omorganiseringen medførte også en overgangsperiode med støy og økt sykefravær i den faste bemanningen, noe som resulterte i høyere vikarbruk.

Twisteløsningsnemndas merknader

Twist 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).

Etter 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 merarbeid ikke lenger foreligger. Tolvmånedersperioden beregnes med utgangspunkt i det tidspunkt arbeidstaker fremmet sitt krav.

A fremsatte sitt krav for arbeidsgiver 9. mars 2016. Nemnda legger til grunn at siste dag i beregningsperioden er dagen forut for at kravet ble fremmet for arbeidsgiver. Den relevante perioden i denne saken er dermed 9. mars 2015 til 8. mars 2016.

Dokumentasjonen i saken viser at A har arbeidet 438,75 timer utover avtalt arbeidstid i beregningsperioden. Opptjent stillingsøkning må etter nemndas oppfatning beregnes med utgangspunkt i brutto årstimetall i full stilling fratrukket ferie, idet det vil være den arbeidstiden som tilsvarer 100 prosent stilling. Brutto arbeidstid i arbeidstakers stilling er oppgitt å være 1846 timer per år. Etter fradrag for fem ukers ferie blir utgangspunktet for nemndas beregning av opptjent stillingsøkning et årstimetall på 1668,5 timer. As merarbeid på 438,75 timer tilsvarer derfor en stillingsprosent på 26,3 prosent.

A fikk den 13. oktober 2015 utvidet sin stilling på grunnlag av merarbeid utført for X i B kommune. Nærværende sak gjelder krav om stilling tilsvarende faktisk arbeidstid for As merarbeid utført ved et annet tjenestested i B kommune for en overlappende periode. Nemnda har ved tidligere avgjørelser, herunder vedtak 68/17 og 80/17, lagt til grunn at merarbeid ved ulike steder/avdelinger i en virksomhet ikke i seg selv utelukker en rett til stillingsutvidelse dersom de øvrige vilkårene er oppfylt.

Nemnda finner at tilsvarende må gjelde i nærværende sak, men presiserer at arbeidstaker i slike tilfeller må akseptere at en rett til stillingsutvidelse kun gir rett til stillingsutvidelse hvor merarbeidet er utført.

Uenigheten mellom partene i denne saken gjelder hvorvidt behovet for merarbeid er bortfalt.

Arbeidsgiver har ikke overfor nemnda anført at merarbeidet ikke har vært utført jevnlig, men nemnda må likevel prøve om vilkårene for stillingsutvidelse er oppfylt. Kriteriet byr på en konkret skjønnsmessig vurdering.

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 etter nemndas oppfatning tilstrekkelig at det har forekommet slikt merarbeid gjennom hele beregningsperioden at det vitner om et stabilt og varig behov hos arbeidsgiver. For øvrig vises det til vedtak 20/16, hvor nemnda har gitt en utførlig beskrivelse av sitt syn på forståelsen av jevnlighetskriteriet i arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Nemnda har kommet til at kravet til jevnlig merarbeid utover avtalt arbeidstid er oppfylt. Merarbeidet i denne saken går etter nemndas oppfatning utover det sporadiske. A har utført merarbeid hver måned i beregningsperioden og dokumentasjonen som er forelagt nemnda viser at det lengste sammenhengende oppholdet er i overkant av 6 uker i begynnelsen av beregningsperioden. I samme periode ble det imidlertid utført merarbeid for X i B kommune og finner nemnda dermed at merarbeidet samlet sett framstår som jevnlig utført.

Merarbeidet fremstår dermed etter en helhetsvurdering som stabilt og som en etablert praksis som oppfyller lovens krav.

Arbeidsgiver har anført at behovet for merarbeid er bortfalt, som følge av omorganisering og pålegg fra fylkesmannen om å sikre riktig og tilstrekkelig kompetanse blant de ansatte.

Nemnda har i sak 129/16 gitt en utførlig redegjørelse for sitt syn på unntaksbestemmelsen i § 14-4 a. I vedtaket legger nemnda til grunn at det avgjørende vil være om arbeidsgiver kan dokumentere at behovet for merarbeid var bortfalt på det tidspunktet arbeidsgiver tok stilling til arbeidstakers krav eller at en sannsynlig utvikling i nær fremtid vil kunne ha samme virkning. Nemnda må derfor ta stilling til hvorvidt arbeidsgiver i tilstrekkelig grad har dokumentert at behovet for As merarbeid var bortfalt på avslagstidspunktet eller at det var sannsynlig at behovet ville bortfalle i nær fremtid.

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:

«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. (...) 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 en konkret helhetsvurdering har nemnda kommet til at arbeidsgiver i tilstrekkelig grad har dokumentert delvis bortfall av behovet for merarbeid. I vurderingen legges det særlig vekt på omorganiseringen som fulgte etter fylkesmannens pålegg om å sikre riktig og tilstrekkelig

kompetanse blant bemanningen. Det forhold at tjenesten er omorganisert og at vakante stillinger enten har blitt besatt, eller omgjort for å møte fylkesmannens pålegg underbygger etter nemndas syn i stor grad at arbeidsgivers behov for As merarbeid har blitt redusert.

Arbeidsgiver har ikke angitt nærmere hvor stor del av behovet som har bortfalt, men antydning at omfanget er betydelig. Arbeidstaker har på sin side anført at det fortsatt utføres merarbeid og at det dermed foreligger et behov. Stillingsfastsettelsen er dermed overlatt til nemndas skjønn.

Etter en skjønnsmessig vurdering fastsettes en økning med 10.

Konklusjon

A har rett til økning av sin stilling med en stillingsprosent på 10.

Tvisteløsningsnemnda

Steffen G. Rogstad
nestleder

29.05.2017

Til orientering:

Tvister som nevnt i §§ 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 regnet fra det tidspunkt tvisteløsningsnemndas avgjørelse foreligger, jf. arbeidsmiljøloven § 17-2 (3).