



Tvisteløsningsnemnda

Vedtaksdato
24. april 2020

Vår referanse
2020/4

Saksbehandler
Birgit Espejord Jensen

VEDTAK NR 57/20 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 kunde- og driftsassistent i stilling på 78 prosent hos B.

Den 8. november 2019 fremsatte A krav om stillingsutvidelse på grunnlag av utført merarbeid de siste 12 måneder, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a. Beregningsperioden som legges til grunn er fra og med 7. november 2018 til og med 8. november 2019. Når tvisten legges for sekretariatet er det påført 553,5 timer merarbeid ut over sin stilling de siste 12 måneder. Arbeidstaker har i ettertid justert timetallet til 454 timer i brev datert 17. mars 2020. Dette timetallet sammenfaller med arbeidsgivers timetall.

Kravet ble avslått av arbeidsgiver i brev datert 22. november 2019. Avslaget ble begrunnet med at timene som A hadde lagt til grunn ikke var ansett som korrekte. Den 9. desember 2019 ettersendte arbeidstaker dokumentasjon på timetallet, men arbeidsgiver fant ikke grunnlag for å endre avslaget.

Saken ble brakt inn for Tvisteløsningsnemnda ved e-post av 20. 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 20. desember 2019.
- e-post av 9. januar 2020
- brev datert 17. mars 2020

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- e-post av 29. januar 2020.

Arbeidstakers anførsler

A mener han har krav på stilling tilsvarende faktisk arbeidstid basert på utført merarbeid i perioden 7. november 2018 til 8. november 2019. Han anfører i det vesentligste:

A anfører at han har jobbet 454 timer merarbeid ut over sin 78 prosent stilling de siste 12 måneder. Dette tilsvarer 27,21 prosent stilling. A anfører at han ikke har hatt vikariater i perioden. Han anfører videre at det er et varig behov for merarbeid på arbeidsplassen da sykefravær, ferieavvikling, kursing og forsinkelser er kjente avvik innen luftfart, og at behovet derfor ikke har bortfalt. Han mener at eget sykefravær kan ikke ha innvirkning på jevnlighetsvurderingen.

Arbeidsgivers anførsler

B anfører at A ikke har rett til utvidet stilling.

De mener at merarbeidet er en følge av uforutsette hendelser som mangel på personell, forsinkelser på fly og lignende. Det anføres at sykefravær og ferie ikke skal inngå i

beregningsperioden. Kravet som er fremsatt er basert på feil beregningsperiode og faktisk arbeidet timer, og ekstraarbeidet som er utført ikke er et varig behov.

Tvistløsningsnemndas 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. Tolv månedersperioden skal beregnes med utgangspunkt i det tidspunkt arbeidstaker fremmet sitt krav.

Arbeidstaker fremsatte sitt krav for arbeidsgiver 8. november 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. november 2018 til og med 8. november 2019. Vaktoversikt forelagt nemnda viser at A har arbeidet 454 timer utover avtalt arbeidstid i denne perioden. Full stilling utgjør 1668,5 timer per år, fratrukket lovpålagt ferie.

Arbeidsgiver og arbeidstaker har kommet fram til ulikt timeantall. Arbeidstakeren har i ettertid justert sitt timeantall lik arbeidsgivers, da de ikke hadde tilgang til riktig timeantall for merarbeid ved den første oversikten som ble sendt inn til nemnda. Arbeidsgiver mener det har betydning for beregningen hvilken type fravær merarbeidet representerer, og at eget sykefravær må trekkes ut fra beregningen. Arbeidsgiver mener at merarbeidet ikke er utført jevnlig gjennom hele året.

Nemnda vil først ta stilling til hvilke vakter som skal tas med i beregningsgrunnlaget, deretter om jevnlighetskravet er oppfylt og til sist om behovet for merarbeid har bortfalt.

Arbeidsgiver anfører at det er ulike årsaker til merarbeidet, som forsinkelser, ekstravakter, sykefravær for å dekke opp for fravær med videre, og at dette fremstår som uforutsett og ikke planlagte fravær. Nemnda bemerker at dette er nettopp den typen merarbeid som er ment å omfattes av bestemmelsen, og at det ikke finnes grunnlag for å ta slikt merarbeid ut av beregningen. Utgangspunktet er da at alt arbeid utover avtalt arbeidstid skal tas med i vurderingen, uavhengig av årsaken til merarbeidet.

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 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 har 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 arbeidstaker har hatt ekstravakter tilsvarende 27,21 prosent stilling. Det innebærer at A har arbeidet mer enn 100 prosent stilling hvis man legger sammen fast stilling og merarbeid. Til tross for 8 uker opphold hadde A i denne perioden sykefravær i en uke og ferie i fem uker. Nemnda mener at med en fast stillingsandel på 78 prosent vil det måtte påregnes perioder hvor arbeidstaker ikke får utført merarbeid på grunn av stor vaktbelastning i sin faste stilling. Nemnda finner at ekstraarbeidet har hatt tilstrekkelig omfang, hyppighet og stabilitet i tolv månedersperioden til å oppfylle lovens krav.

Arbeidsgiver 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.

Slik denne saken er opplyst har nemnda kommet til at arbeidsgiver ikke i tilstrekkelig grad har dokumentert at behovet for merarbeid var bortfalt eller kommer til å falle bort i nær fremtid. Nemnda kan ikke se at forsinkelser av fly, behov for å dekke opp ved fravær som lovpålagt ferie, permisjoner eller kortvarig sykefravær med videre som anført er et bortfalt behov. Behovet vil fortsatt være der da dette må regnes som normalvariasjoner på arbeidsplassen, og at det er et varig og stabilt behov som bør dekkes av bedriftens arbeidsplan. Nemnda har etter dette kommet til at det ikke er dokumentert at behovet for merarbeid 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 stillings økning må etter nemndas oppfatning beregnes med utgangspunkt i brutto årstimetall har A arbeidet 454 timer utover avtalt arbeidstid i beregningsperioden, noe som tilsvarer en stillingsprosent på 27,21 prosent. Samlet utgjør dette en stillingsprosent på 105,21 prosent. Det er ingen som skal ha kontrakt på mer enn 100 prosent stilling, så nemnda fastsetter at A ut fra den dokumentasjon som er fremlagt fra begge parter jevnlig har hatt merarbeid tilsvarende 22 prosent stilling.

Konklusjon

Arbeidstaker har rett til økning av sin stilling med en stillingsprosent på 22 prosent.

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).