

VEDTAK NR 88/17 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Twisteløsningsnemnda avholdt møte torsdag 30. mars 2017.

Ved behandlingen av saken var tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Sigrun Sagedahl, nestleder
Ragnhild Bø Raugland, Akademikerne (vara)
Øyvind Sollie, Spekter (vara)

Saken gjelder

Twist 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 operatør i stilling på 56 prosent i ferdigvare-avdelingen hos B. Hun var frem til 1. mai 2015 ansatt i stilling på 22 prosent i samme avdeling.

Den 11. desember 2015 fremsatte A krav om stillingsutvidelse på grunnlag av utført merarbeid de siste 12 måneder, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Arbeidsgiver avsto søknaden i brev datert 19. januar 2016. Avslaget var begrunnet med at behovet for merarbeidet ikke lenger forelå. Merarbeidet var hovedsakelig sykevikarvakter, og etter målrettet innsats mot korttidsfravær har sykefraværet sunket markant. I tillegg har det blitt ansatt en rekke nye medarbeidere på avdelingen.

Under saksforberedelsen har arbeidsgiver opplyst at A byttet fra sin stilling på 22 prosent da en stilling på 56 prosent ble ledig på avdelingen.

Vaktoversikt forelagt nemnda viser at A har arbeidet 1132,5 timer utover avtalt arbeidstid i perioden 11. desember 2014 til 10. desember 2015. Full stilling utgjør 1846 timer per år.

Saken ble brakt inn for tvisteløsningsnemnda ved brev av 2. februar 2016. Overfor nemnda har begge parter fått anledning til å komme med utfyllende merknader i saken.

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidstaker:

- brev datert 2. februar 2016
- brev datert 9. mars 2016
- brev datert 28. september 2016

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev datert 9. mars 2016
- brev datert 22. mars 2016
- e-post av 2. mai 2016
- brev datert 14. februar 2017
- e-post av 22. februar 2017
- e-post av 23. februar 2017

Arbeidstakers anførsler

A anfører i det vesentligste at hun har utført merarbeid som gir henne rett til utvidet stilling, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Arbeidsgivers anførsler

B anfører prinsipalt at A ikke har rett til utvidet stilling fordi ekstravaktene som er arbeidet under tilkallingsavtalen ikke kan vurderes i sammenheng med den faste stillingen, og at det må ses bort fra dette arbeidet i vurderingen av om arbeidstaker har rett til utvidelse av sin faste stilling. Arbeidstaker er ansatt i to stillinger. For det første en fast stilling på 56% og videre i en tilkallingskontrakt der arbeidstaker blir tilbudt ekstraarbeid når bedriften har behov for det. Det er ikke grunnlag for å se timene som er arbeidet på bakgrunn av denne avtalen i sammenheng med arbeidstakers faste stilling.

Subsidiært anfører arbeidsgiver at behovet for merarbeidet ikke lenger foreligger. Bedriften har i beregningsperioden ansatt seks personer i 22 prosent stilling i ferdigvare-avdelingen, og har også måttet tilrettelegge for en ansatt på en annen avdeling ved å tilby vedkommende en stilling på 44 prosent på ferdigvare-avdelingen. I tillegg har nær 70 prosent av As merarbeid vært sykevikarvakter. Sykefraværet på avdelingen ble redusert med 30 prosent fra kalenderåret 2015 til kalenderåret 2016.

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.

Arbeidsgiver har anført at As arbeid ut over hennes faste stilling ikke kan knyttes til den faste stillingen, og i stedet må ses i sammenheng med tilkallingsvikar-avtalen. Nemnda bemerker at dette merarbeidet er i kjernen av de tilfeller bestemmelsen skal gjelde for. Det er nettopp arbeid ut over den faste stillingen en arbeidstaker har rett til stillingsvern for. Dersom arbeidsgivers anførsel skulle ført frem, ville bestemmelsen i praksis nærmest mistet sin betydning.

Arbeidstaker fremsatte sitt krav for arbeidsgiver 11. desember 2015. 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 11. desember 2014 til og med 10. desember 2015.

Partene er enig i at merarbeidet har vært utført jevnlig i bestemmelsens forstand. Kriteriet 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. 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.

Etter nemndas forståelse av kravet til jevnlighet må A 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 og 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. Nemnda har etter dette kommet til at A fyller kravene i § 14-4 a.

Det følger da av bestemmelsen at arbeidstaker har rett til stilling tilsvarende faktisk arbeidstid i tolv månedersperioden.

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 1132,5 timer utover avtalt arbeidstid i beregningsperioden, tilsvarende en stillingsprosent på 67,88.

Det følger imidlertid av forarbeidene at en slik metode ikke skal følges slavisk, og det heter i forarbeidene at det "bør imidlertid være åpent for å benytte et visst skjønn i vurderingen". Nemnda ser det slik at det er arbeidsgivers *stabile og varige* behov for økt arbeidskraft som skal fylles, og at nemnda derfor skal fastsette en stillingsutvidelse i samsvar med det ekstraarbeidet som kan sies å være uttrykk for et slikt behov.

Arbeidsgiver har anført at behovet for merarbeidet ikke lenger foreligger. Nemnda har i sine tidligere vedtak lagt 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.

Bedriften har anført at behovet for noe av merarbeidet ikke lenger foreligger fordi det har vært nødvendig å tilrettelegge for en ansatt på en annen avdeling, ved å flytte 44 prosent av dennes heltidsstilling over til ferdigvare-avdelingen. Arbeidsgiver har opplyst at dette ble besluttet 15. desember 2016. Dette er nesten 12 måneder etter at avslaget ble gitt. Arbeidsgiver har ikke inngitt opplysninger som indikerer at dette var en sannsynlig utvikling på avslagstidspunktet i januar 2016. Nemnda legger derfor til grunn at tilretteleggingen ikke har redusert behovet for As merarbeid.

Dokumentasjonen i saken viser at det i beregningsperioden ble ansatt seks nye medarbeidere på avdelingen, tilsammen 1,32 årsverk. Dette reduserer behovet for As merarbeid. To av de nyansatte tiltrådte i april 2015, mens de siste fire tiltrådte august/september 2015. Tidspunktet for tiltredelsene har betydning fordi de inngitte timelistene viser at As merarbeid ble redusert

da de nyansatte tiltrådte, men at det likevel ikke opphørte. Dette viser at behovet for As merarbeid i sin helhet, ikke falt bort som følge av nyansettelsene.

Arbeidsgiver har videre opplyst at bedriften har arbeidet målrettet med en satsing for å redusere sykefraværet i bedriften, og at dette arbeidet har resultert i en nedgang i sykefraværet på avdelingen med 30 prosent fra kalenderåret 2015 til kalenderåret 2016. Arbeidsgivers gjennomgang viser at nær 70 prosent av As merarbeidsvakter var sykevikarvakter. Dette er ikke bestridt av arbeidstaker, og nemnda legger derfor opplysningene til grunn i det videre.

Nemnda har etter en skjønnsmessig helhetsvurdering kommet til at merarbeidet gir arbeidstaker rett til økning av sin stilling med en stillingsandel tilsvarende 45 prosent.

Konklusjon

Arbeidstaker har rett til økning av sin stilling med en stillingsprosent på 45, dog slik at ny stilling ikke kan overstige 100 prosent.

Tvisteløsningsnemnda

Sigrun Sagedahl
nestleder

31.03.2017

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).