

VEDTAK NR 09/18 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Tvisteløsningsnemnda avholdt møte torsdag 15. februar 2018.

Ved behandlingen av saken var tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Steffen G. Rogstad, nestleder
Tore Trygve Dahlstrøm, Unio
Per H. Engeland, Virke

Saken gjelder

Tvist 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 feier i stilling på 70 prosent i B kommune. I tillegg har han siden 1. januar 2017 vært fast ansatt som underbefal i 2 prosent stilling.

Den 11. september 2017 fremsatte A krav om stillingsutvidelse på grunnlag av utført merarbeid de siste 12 måneder, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Kravet ble avslått i brev datert 8. oktober 2017. Avslaget var begrunnet med at det var inngått avtale om økt stilling for en periode og at det derfor ikke er utført merarbeid som gir rett til økt stilling.

Vaktoversikt forelagt nemnda viser at A har arbeidet 365 timer utover avtalt arbeidstid i perioden fra og med 11. september 2016 til og med 10. september 2017. Full stilling utgjør 1950 timer per år.

Saken ble brakt inn for tvisteløsningsnemnda ved brev datert 30. oktober 2017.

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

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidstaker:

- brev datert 30. oktober 2017
- e-post av 5. desember 2017
- e-post av 9. februar 2018

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- e-post av 28. november 2017
- e-post av 14. desember 2017
- e-post av 29. januar 2018
- e-post av 30. januar 2018
- to e-poster av 8. februar 2018
- to e-poster av 9. februar 2018

Arbeidstakers anførsler

A anfører i det vesentligste at han ikke har inngått noen muntlig avtale om midlertidig økning av stilling. Merarbeidet er som følge av arbeidsmengde og inndekning ved sykefravær. Videre anfører A at også timer som er inndekning av vaktordning i brann, samt overtid skal være med i beregningen av merarbeid. A er ansatt både som feier og i brannvesenet, i tillegg arbeider han i vann og avløp/drift og vedlikehold etter behov.

Arbeidsgivers anførsler

B kommune anfører i det vesentligste at A i perioder har hatt muntlig avtale om utvidelse av stilling til inntil 100 prosent. Ekstrajobb skal ha vært muntlig avtalt med teknisk sjef. Arbeidsgiver anser at muntlig avtale og attestering av timelister som dekkende for at arbeidet

har vært avtalt. Arbeidsgiver anfører at arbeid etter vaktordning i sykefravær, overtid, utrykning på brann og HMS kurs ikke skal regnes som merarbeid.

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 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. Tolvmånedersperioden skal beregnes med utgangspunkt i det tidspunkt arbeidstaker fremmet sitt krav.

Arbeidstaker fremsatte sitt krav for arbeidsgiver 11. september 2017. 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. september 2016 til og med 10. september 2017. Vaktoversikt forelagt nemnda viser at A har arbeidet 365 timer utover avtalt arbeidstid i denne perioden. Full stilling utgjør 1950 timer per år.

Unigheten mellom partene i denne saken omhandler hvilke vakter som skal tas med i beregningen av merarbeid.

Arbeidsgiver anfører at timer etter vaktordning i sykefravær, overtid, utrykning på brann og HMS kurs ikke skal regnes som merarbeid.

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 stillingsandel den deltidsansatte formelt har. 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».

Det er ikke fremlagt noen midlertidige avtaler i beregningsperioden og nemnda finner at alt arbeid utover arbeidstakers faste stilling er «arbeid utover avtalt arbeidstid» og skal tas med i beregningsgrunnlaget.

Nemnda går så over til jevnlighetsvilkåret.

Vilkåret om at den deltidsansatte har arbeidet «jevnlig» 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 jevnlig og at A må 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 bortsett fra august, hvor arbeidstaker har avvirket 4 uker ferie. 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.

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. Optjent 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 365 timer utover avtalt arbeidstid i beregningsperioden, noe som tilsvarer en stillingsprosent på 20,71.

Konklusjon

Arbeidstaker har rett til økning av sin stilling med en stillingsprosent på 20,71.

Tvisteløsningsnemnda

Steffen G. Rogstad
nestleder

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).