

VEDTAK NR 255/17 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Twisteløsningsnemnda avholdt møte torsdag 14. desember 2017

Ved behandlingen av saken var tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Steffen G. Rogstad, nestleder
Gry Brandshaug Dale, KS
Vetle W. Rasmussen, YS

Saken gjelder

Twist om fortrinnsrett for deltidsansatte etter arbeidsmiljøloven § 14-3
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/miljøarbeider i stilling på 17,61 prosent i B kommune. Frem til mai 2016 hadde A en stilling på 20 prosent.

I perioden fra 31. oktober 2016 til 15. februar 2017 hadde A et nattevaktvikariat, og hadde da samlet en stilling på 42,25 prosent.

I april 2017 ble det utlyst stilling som miljøarbeider på 38 prosent ved X bofellesskap. A søkte på denne og fremsatte krav om fortrinnsrett ved e-post 14. april 2017.

Den 21. april 2017 fremsatte A krav om stillingsutvidelse på grunnlag av utført merarbeid de siste 12 måneder, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Krav om fortrinnsrett ble avslått ved e-post 12. mai 2017.

Krav om stilling tilsvarende faktisk arbeidstid ble delvis innfridd i brev av 12. juni 2017. A fikk en økning av stilling til 35,22 prosent fra 2. september 2017, med begrunnelse om at det var det de per dags dato har mulighet for å tilby av assistentstilling på X.

Vaktoversikt forelagt nemnda viser at A har arbeidet 760,75 timer utover avtalt arbeidstid i perioden fra og med 21. april 2016 til og med 20. april 2017. Full stilling utgjør 1846 timer per år.

Saken ble brakt inn for tvisteløsningsnemnda ved brev datert 17. juni 2017, poststempelt 4. juli 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 17. juni 2017
- brev datert 18. juli 2017
- brev datert 16. november 2017

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- e-post av 8. august 2017
- brev datert 21. august 2017
- brev datert 15. november 2017
- e-post av 8. desember 2017

Arbeidstakers anførsler

A anfører i det vesentligste at han jevnlig har utført merarbeid og har krav på utvidet stilling. Han anfører også at han har fortrinnsrett til utvidet stilling.

Arbeidsgivers anførsler

B kommune har gitt A en utvidelse av sin stilling med 17,61 prosent som følge av kravet. Mer enn dette har de ikke mulighet til å gi per dags dato. Ved utregningen av merarbeid har arbeidsgiver trukket fra følgende vakter: ferievikarvakter, vakante vakter hvor stillingen er besatt, vakante vakter hvor utdanningskrav til stillingen er endret, sesongbasert arbeid og vakter der arbeidstaker har vært sykemeldt.

Tvisteløsningsnemndas merknader

Vedrørende krav om fortrinnsrett etter arbeidsmiljøloven § 14-3

Frist for å bringe saken inn for tvisteløsningsnemnda er fire uker etter at arbeidsgivers skriftlige avslag er kommet frem til arbeidstaker, jf. forskrift om tvisteløsningsnemnd etter arbeidsmiljøloven § 4 (1).

Arbeidsgivers avslag ble gitt skriftlig ved e-post av 12. mai 2017, og nemnda legger til grunn at avslaget kom frem til arbeidstaker samme dag. Fristen for å fremme saken for tvisteløsningsnemnda utløp dermed 9. juni 2017. Saken ble fremmet for tvisteløsningsnemnda ved brev datert 17. juni 2017, poststemplett 4. juli 2017. Saken anses dermed ikke som rettidig innbrakt.

Nemnda har etter dette kommet til at krav om fortrinnsrett må avvises.

Konklusjon

Krav om fortrinnsrett avvises som for sent fremsatt.

Vedrørende krav om rett til stilling tilsvarende faktisk arbeidstid

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 21. april 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 21. april 2016 til og med 20. april 2017. Vaktoversikt forelagt nemnda viser at A har arbeidet 760,75 timer utover avtalt arbeidstid i denne perioden. Full stilling utgjør 1846 timer per år.

Arbeidsgiver har delvis innfridd kravet. Uenigheten mellom partene er beregningsgrunnlaget for utvidelsen av stillingen.

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

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».

A har hatt et nattevaktvikariat på 22,25 prosent i perioden 27. oktober 2016 til 15. februar 2017. Disse vaktene anses som avtalt arbeidstid og tas ikke med i beregningsgrunnlaget.

Nemnda går så over til jevnlighetsvilkåret.

Inngangskriteriet 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 i beregningsperioden. 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.

Arbeidsgiver har opplyst at en vakant vakt er besatt og at en annen vakant vakt er omgjort til en miljøterapeutstilling og besatt. Disse stillingene tilsvarer 70,5 timer av As merarbeid. Nemnda finner at arbeidsgiver har sannsynliggjort at behovet for merarbeid og As kompetanse i disse stillingene er bortfalt og kan dermed ikke gi uttelling i stillingsutvidelsen.

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 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 690,25 timer utover avtalt arbeidstid i beregningsperioden, noe som tilsvarer en stillingsprosent på 41,37.

A har fått innvilget en utvidelse med 17,61 prosent, og har dermed krav på ytterligere økning av sin stilling med 23,76 prosent.

Konklusjon

Arbeidstaker har rett til økning av sin stilling med en stillingsprosent på 23,76.

Tvisteløsningsnemnda

Steffen Rogstad
nestleder

18.12.2017

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).