

VEDTAK NR 97/16 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Twisteløsningsnemnda avholdt møte onsdag 10. februar 2016.

Ved behandlingen av saken var tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Henning Harborg, leder
Silje Hassellund Solberg, LO
Elisabeth Lea Strøm, NHO

Særskilt oppnevnte medlemmer

Tonje Thue Width, NHO Luftfart
Vidar Bratberg, Fellesforbundet

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 Handling Agent i stilling på 40 prosent ved B.

Den 17. januar 2015 fremsatte A krav om stillingsutvidelse til 92,5 prosent på grunnlag av utført merarbeid de siste 12 måneder, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Kravet ble avslått av B i forhandlingsmøte 23. mars 2015.

Timelistene arbeidsgiver har forelagt nemnda viser at A har arbeidet 801,5 timer utover avtalt arbeidstid i perioden fra og med 17. januar 2014 til og med 16. januar 2015. Full stilling utgjør 1846 timer brutto per år.

Saken ble brakt inn for tvisteløsningsnemnda ved brev av 30. mars 2015. Overfor nemnda har begge parter fått anledning til å komme med utfyllende merknader i saken.

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidstaker:

- brev av 30. mars 2015
- brev av 29. april 2015
- brev av 5. mai 2015
- brev av 10. juni 2015

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev av 7. mai 2015

Arbeidstakers anførsler

A anfører i det vesentligste:

Merarbeidet er utført jevnlig i kravperioden, og representerer et permanent behov for merarbeid i virksomheten. Sykefraværet ved virksomheten har ikke vært unormalt høyt i perioden. Behov for ekstravakter grunnet snørydding, de-iceing, kurs samt økt trafikk i forbindelse med høytider kan ikke regnes som ekstraordinært eller uforutsett, men må inngå i virksomhetens planlegging av fast ressursbehov.

Arbeidsgivers anførsler

B anfører i det vesentligste:

Virksomheten har en meget kompleks døgkontinuerlig drift, der en vesentlig del av merarbeidsbruken skyldes forhold utenfor virksomhetens kontroll.

Det utførte merarbeidet er blant annet relatert til oppdekking av vakter ved sykefravær, ferieavvikling, velferdspermisjoner, forsinkelser, snørydding/de-iceing og økt trafikk ved høytider. Merarbeidet er således utført på grunn av uforutsette og midlertidige behov, og er ikke uttrykk for et varig behov som utløser rettigheter etter arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Merarbeidet er i alle tilfelle ikke utført jevnlig i kravperioden.

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).

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.

A fremsatte sitt krav for arbeidsgiver 17. januar 2015. Nemnda legger til grunn at siste dag i tolv månedersperioden er dagen forut for at kravet ble fremmet. Den relevante perioden i denne saken er dermed fra 17. januar 2014 til 16. februar 2015.

Dokumentasjonen i saken viser at A har utført merarbeid i 801,5 timer utover avtalt arbeidstid i perioden. 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 ferie blir utgangspunktet for nemndas beregning av opptjent stillingsøkning et årstimetall på 1668,5 timer. As merarbeid tilsvarer derfor en stillingsprosent på 48,04.

Uenigheten mellom partene i denne saken handler blant annet om hvorvidt behovet for merarbeidet ikke lenger foreligger samt om merarbeidet er utført jevnlig i kravperioden.

Nemnda har delt seg i et flertall og et mindretall.

Slik saken er opplyst, har nemndas flertall, medlemmene Harborg, Solberg og Bratberg, kommet til at tvisten er fremmet innenfor fireukersfristen og derfor skal realitetsbehandles. Den 6. februar 2015 avholdt partene et møte i anledning arbeidstakers krav om utvidet stilling. Av møteprotokollen fremkommer det at partene er uenige, og at arbeidsgiver mener saken må «løftes» til HR-avdelingen i selskapet for videre behandling. Slik flertallet ser det, var dette egnet til å gi arbeidstaker en berettiget forventning om videre behandling hos arbeidsgiver. Flertallet legger derfor til grunn at arbeidsgivers endelige avslag først kom i det påfølgende forhandlingsmøtet 23. mars 2015, og at saken således er rettidig fremmet for nemnda. Medlemmet Strøm bemerker at saken prinsipielt burde vært avvist som for sent fremsatt, jf. mindretallets begrunnelse, men slutter seg i det øvrige til flertallets vurdering av saken.

Til spørsmålet om merarbeidet er jevnlig utført, viser flertallet til bestemmelsens forarbeider (Prop. 83 L for 2012-1013), der det fremkommer 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 opptjeningsperioden, 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 opptjeningsperioden 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.

Med flertallets forståelse av kravet til jevnlighet, må A ha krav på økt stilling. Flertallet viser til at A har hatt et betydelig antall merarbeidstimer hver måned i perioden. Selv om det har vært visse svingninger i intensiteten, har ekstraarbeidet samlet sett hatt tilstrekkelig omfang, hyppighet og stabilitet i den aktuelle opptjeningsperioden.

Merarbeidet fremstår dermed etter en helhetsvurdering som en etablert praksis som oppfyller lovens krav. Flertallet 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 månedsperioden. Etter forarbeidene innebærer dette at arbeidstaker i fraværet av annen avtale må akseptere å ta ut (hele) den stillingsutvidelsen som tilsvarer det reelle merarbeidet. Flertallet forstår dette slik at nemnda ved fastsettelsen av ny stillingsprosent i utgangspunktet må regne om hvor stor stillingsprosent det samlede merarbeidet tilsier på årlig basis, uten hensyntaken til variasjoner fra måned til måned. Det følger imidlertid av forarbeidene at en slik metode ikke skal følges slavisk. Departementets opprinnelig forslag om at man skulle beregne den deltidsansattes gjennomsnittlige arbeidstid i tolv månedsperioden, ble forlatt etter høringsrunder, 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. Det må bl.a. bety at svært intense perioder med ekstraarbeid, f.eks. ved ferieavvikling eller i kortere perioder med typiske sesongsvingninger eller ekstraordinært sykefravær, ikke uten videre vil gi full uttelling ved fastsettelse av ny stillingsprosent.

Flertallet legger til grunn at det i denne saken er tale om en virksomhet med en kompleks drift der det med ujevne mellomrom vil oppstå situasjoner som utløser et akutt behov for merarbeid som arbeidsgiver vanskelig kan avhjelpe ved en økning av grunnbemanningen. Det vises i denne sammenheng til behov for overtidsarbeid ved forsinkelser og lignende forhold utenfor arbeidsgivers kontroll.

I lys av dette har flertallet kommet til at det må gjøres et visst skjønnsmessig fradrag i opptjeningsgrunnlaget ved fastsettelsen av arbeidstakers nye stillingsprosent. Etter en konkret helhetsvurdering av sakens dokumenter, har nemndas flertall kommet til at A gis rett til fast stilling tilsvarende 75 prosent.

Nemndas mindretall, medlemmet Width, har kommet til et annet resultat. Kravet skal avvises som for sent fremsatt. Fristen for å bringe saken inn for tvisteløsningsnemnda er fire uker etter at arbeidsgiver avslo krav fra arbeidstaker. Arbeidsgiver avslo kravet i møte 6. februar 2015, og fristen for å bringe saken inn for nemnda utløp dermed 6. mars 2015. Saken ble bragt inn for tvisteløsningsnemnda av Fellesforbundet på vegne av arbeidstaker 30. mars 2015, hvilket er for sent. Det følger av tidligere nemndspraksis at det er det første tidspunktet for avslaget som er avgjørende, og at etterfølgende diskusjon og fornyet vurdering fra arbeidsgivers side ikke medfører at fristen utsettes.

Når det gjelder omfanget av merarbeidet, vises det til at omkring 350 timer kan tilbakeføres til feriefravær og ekstra behov i forbindelse med høytider som må anses som sesongsvingninger. I henhold til forarbeidene vil det ikke uten videre være tilstrekkelig at den deltidsansatte utfører merarbeid i forbindelse med ferieavvikling, sesongtopper eller liknende. Det kan ikke ha avgjørende betydning at merarbeidet knyttet til feriefravær ikke er konsentrert til enkelte perioder, men er fordelt mer jevnt ut over perioden. Arbeidsgiver har opplyst at det aksepteres at arbeidstakerne fordeler ferie til enkeltdager i stedet for å ta lengre sammenhengende ferie. Dersom dette skulle medføre at arbeidstakere som dekker opp for slikt feriefravær har rett til økt stillingsprosent, mens arbeidstakere som dekker opp for mer konsentrerte feriefravær anses å falle utenfor bestemmelsen, kan dette medføre at arbeidsgiver går bort fra en praksis med enkeltstående feriedager og heller krever at all ferie tas i sammenheng.

Fordi flertallet i dette tilfellet mener at vilkårene for utvidet stilling er til stede, har det ingen hensikt for mindretallet å problematisere hvorvidt merarbeid knyttet til feriefravær og sesongsvingninger medfører at vilkåret om at merarbeidet skal ha vært utført "jevnlig" ikke er oppfylt. Imidlertid må merarbeid som skyldes feriefravær og sesongsvingninger holdes utenfor ved vurderingen av størrelsen på utvidelsen av stillingsprosenten. Dette medfører at en rett til stilling tilsvarende 75 prosent er for høyt. Utvidelse til 67 prosent stilling anses etter mindretallets syn som mer passende.

Konklusjon

Arbeidstaker har rett til økning av sin stilling med en stillingsprosent på 35.

Tvisteløsningsnemnda

Henning Harborg
leder

Oslo, 29.08.2016

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).