

VEDTAK NR 80/17 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Tvisteløsningsnemnda avholdt møte tirsdag 21. mars 2017.

Ved behandlingen av saken var tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Steffen G. Rogstad, nestleder
Gry Brandshaug Dale, KS
Tore Trygve Dahlstrøm, Unio

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:

A er fast ansatt som fagarbeider i stilling på 66 prosent i B kommune ved renholdsdrift. A har utført merarbeid ved B bibliotek.

Den 25. april 2016 fremsatte A krav om stillingsutvidelse med grunnlag i utført merarbeid de siste 12 måneder, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Arbeidsgiver avsto kravet ved brev datert 13. mai 2016. Avslaget var begrunnet med at behovet for merarbeid var bortfalt.

Vaktoversikt forelagt nemnda viser at A har arbeidet 307 timer utover sin faste stilling i perioden 25. april 2015 til 24. april 2016. Full stilling utgjør 1950 timer per år.

Saken ble brakt inn for tvisteløsningsnemnda ved brev datert 9. juni 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 9. juni 2016
- brev datert 21. juni 2016
- brev datert 26. august 2016
- brev datert 12. september 2016

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev datert 6. juli 2016
- e-post av 7. mars 2017

Arbeidstakers anførsler

A anfører i det vesentligste at hun jevnlig har utført merarbeid som viser et stabilt behov som gir henne rett til utvidet stilling tilsvarende faktisk arbeidstid, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a. Videre anfører A at sykefraværet fortsatt er høyt slik at behovet for merarbeid ikke har bortfalt.

Arbeidsgivers anførsler

B kommune anfører i det vesentligste at behovet for merarbeid har bortfalt etter at langtidssykemeldte er tilbake i jobb. I tillegg er økonomien slik at de må prøve å klare seg uten vikarer. A er ansatt som renholder og ikke ved biblioteket. Vaktene ved biblioteket er i en annen type stilling og virksomhet. Merarbeidet hun har hatt ved biblioteket kan derfor ikke sees på som utvidelse av hennes stilling.

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).

Etter forskrift om tvisteløsningsnemnd etter arbeidsmiljøloven § 2 settes nemnda med leder 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.

A fremsatte sitt krav for arbeidsgiver 25. april 2016. Nemnda legger til grunn at siste dag i tolv månedersperioden er dagen forut for at kravet ble fremsatt for arbeidsgiver. Den relevante beregningsperioden i denne saken er dermed fra og med 25. april 2015 til og med 24. april 2016.

B kommune har anført at A ikke har krav på stillingsutvidelse fordi merarbeidet er utført i en annen virksomhet i kommunen enn den hun er fast ansatt i. Partene er enige om at B kommune er arbeidsgiver for alt merarbeidet og at merarbeidet er utført i samme virksomhet. Problemstillingen er berørt i bestemmelsens forarbeider (Prop. 83 L for 2012-2013) pkt. 4.4.4.6, hvor det forutsetningsvis fremkommer at arbeidstaker har sitt krav i behold også der merarbeidet er utført på forskjellige arbeidssteder/avdelinger i virksomheten. Nemnda legger derfor til grunn at As merarbeid ved de ulike avdelingene ikke i seg selv utelukker en rett til stillingsutvidelse dersom de øvrige vilkårene er oppfylt. Nemnda understreker imidlertid at arbeidstaker i slike tilfeller må akseptere at en rett til stillingsutvidelse kun gir rett til stillingsutvidelse i tilsvarende grad på ulike avdelinger i virksomheten.

Uenigheten mellom partene i denne saken gjelder hvorvidt behovet for merarbeid har bortfalt. Arbeidstaker har også anført 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 vil først ta stilling til jevnlighetsvilkåret.

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 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 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.

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 det har vært to lengre opphold, er den ene i hovedsak begrunnet med ferieavvikling. Den første perioden med opphold var helt i starten av beregningsperioden, og nemnda har lagt vekt på at merarbeidet forøvrig fremstår som stabilt resten av perioden. Nemnda viser til at A har hatt ekstravakter hver måned i beregningsperioden bortsett fra den første perioden. Merarbeidet fremstår dermed etter en helhetsvurdering som en etablert praksis som oppfyller lovens krav.

Arbeidsgiver har videre anført at behovet for merarbeidet ikke lenger foreligger. Nemnda har i sak 129/16 gitt en utførlig redegjørelse for sitt syn på unntaksbestemmelsen i § 14-4 a. I vedtaket legger nemnda 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.

Det er anført at behovet for merarbeid har bortfalt ettersom langtidssykemeldte er tilbake i jobb. Arbeidstaker anfører at sykefraværet fortsatt er høyt og at behovet for merarbeid ikke er bortfalt.

Hva som skal til for at behovet for merarbeid ikke lenger anses å foreligge, er ikke nærmere definert i loven. I bestemmelsens forarbeider, Prop. 83 L (2012-2013) punkt 4.4.4.5, uttaler departementet blant annet at:

«..Det kan og tenkes at virksomheten kan begrunne et mindre behov for merarbeid framover med at det i mellomtiden har vært nødvendig med nedbemanning, eventuelt at nedbemanning eller permitteringer er sannsynlig i nær fremtid. (...) Departementet finner det ikke hensiktsmessig å fastsette konkrete krav til hvilken dokumentasjon som arbeidsgiver må legge fram. Arbeidsgiver vil i praksis måtte fremlegge informasjon som gjør det mulig for arbeidstaker og eventuelt Tvisteløsningsnemnda å etterprøve. Det avgjørende vil være hvorvidt og i hvilken grad arbeidsgiver kan sannsynliggjøre at virksomheten ikke lenger har behov for merarbeidet i tiden framover.»

Slik denne saken er opplyst har nemnda kommet til at arbeidsgiver ikke har sannsynliggjort i tilstrekkelig grad at behovet for merarbeid har bortfalt.

Dokumentasjon i saken viser at A har utført 307 merarbeidstimer i beregningsperioden. 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. En full stilling er oppgitt å være 1950 timer brutto per år, noe som tilsier en netto årlig arbeidstid på 1762,5 timer når ferie trekkes fra. Det utførte merarbeidet tilsvarer dermed en stillingsprosent på 18,4.

Konklusjon

Arbeidstaker har rett til økning av sin stilling med en stillingsprosent på 18,4.

Tvisteløsningsnemnda

Steffen G. Rogstad
nestleder

Oslo, 22.03.2017

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).