



Vedtaksdato
06. desember 2019

Vår referanse
2019/26495

Saksbehandler
Nina N. Hermansen

VEDTAK NR 160/19 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Tvisteløsningsnemnda avholdt møte torsdag 5. desember 2019.

Ved behandlingen av saken var Tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Steffen G. Rogstad, nestleder
Silje Hassellund Solberg, LO
Marianne Pedersen, Virke

Særskilt oppnevnte medlemmer

Tonje Thue Width, NHO Service og Handel
Steinar Johansen, Norwegian

Saken gjelder

Tvist om rett til stilling for deltidsansatte tilsvarende faktisk arbeidstid etter arbeidsmiljøloven § 14-4 a

Arbeidstaker

A

Arbeidsgiver

B

Det ble truffet slikt vedtak:

Saksforhold

B er fast ansatt som pilot i stilling på 85,4 prosent i B. Dette tilsvarer 157 arbeidsdager pr. år og han har en flexdeltid-ordning. Arbeidsplanen er lagt opp etter planlagt flyproduksjon hvor det er tatt høyde for sesongvariasjonene, med større pilotbehov i sommerhalvåret.

100 prosent stilling som pilot utgjør 184 dager pr. år fratrukket ferie.

Den 28. juni 2019 fremsatte A krav om stillingsutvidelse på grunnlag av utført merarbeid de siste 12 måneder, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Kravet ble avslått av arbeidsgiver i e-post av 12. juli 2019. Avslaget ble begrunnet med at det ikke foreligger behov for utvidet stilling.

Saken ble brakt inn for Tvisteløsningsnemnda ved e-post av 24. juli 2019. Overfor nemnda har begge parter fått anledning til å komme med utfyllende merknader i saken.

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidstaker:

- e-post av 26. juli 2019
- e-post av 13. august 2019
- e-post av 25. september 2019
- brev innkommet 7. oktober 2019
- e-post av 29. oktober 2019
- e-post av 4. november 2019
- e-post av 5. november 2019
- e-post av 8. november 2019 (Norsk Flygerforbund) med vedlegg
- e-post av 15. november 2019
- e-post av 28. november 2019
- telefonsamtale 29. november 2019
- SMS av 2. desember 2019
- SMS av 4 desember 2019

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- e-post av 19. september 2019 med vedlegg
- e-post av 25. oktober 2019

Arbeidstakers anførsler

A anfører i det vesentligste at han jevnlig har utført merarbeid og har rett til stilling tilsvarende faktisk arbeidstid. Videre anfører A at virksomhetens bruk av overtid viser at det er behov for økte stillinger. A viser til at han har utført merarbeid både før og etter beregningsperioden. Når en pilot har solgt 12 fridager av maksimalt 20 dager pr. år skal selskapet søke å finne piloter som har solgt færre enn 12 fridager. Etter oktober i år har A allerede solgt 20 dager. Dette indikerer at det har vært et omfattende merarbeidsbehov.

Arbeidsgivers anførsler

B anfører i det vesentligste:

B anfører at vilkåret for å kunne kreve høyere stillingsprosent etter arbeidsmiljøloven § 14-4 a ikke er oppfylt fordi As ekstravakter ikke har dekket et fast behov, men har vært enkeltstående situasjoner. Arbeidsgiver anfører at arbeidstaker ikke har rett til å få «rundet av» sin stillingsbrøk til hele tideler og viser til at alle deltider som er mulig å arbeide som pilot i B er detaljert avtalt med respektive pilotforeninger.

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. I tillegg er det oppnevnt ytterligere to medlemmer med særlig kunnskap om den bransjen som er berørt i saken (bransjemedlemmer).

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 28. juni 2019. 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 28. juni 2018 til og med 27. juni 2019. Vaktoversikt forelagt nemnda viser at A har arbeidet 18 arbeidsdager utover avtalt arbeidstid i denne perioden. Full stilling utgjør 184 arbeidsdager per år fratrukket ferie.

Arbeidsgiver anfører at vilkåret for å kunne kreve høyere stillingsprosent etter arbeidsmiljøloven § 14-4 a ikke er oppfylt fordi As ekstravakter ikke har dekket et fast behov, men har vært enkeltstående situasjoner.

Spørsmålet nemnda må ta stilling til er imidlertid om merarbeidet A har utført de aktuelle 12 månedene har vært utført jevnlig.

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». Årsaken til ekstraarbeidet er for så vidt uten betydning. Bestemmelsen gjelder uavhengig om det er økt arbeidsmengde, sykefravær eller andre forhold som begrunner behovet.

Nemnda går så over til vurderingen av om jevnlighetsvilkåret i arbeidsmiljøloven § 14-4 a er oppfylt. Inngangskriteriet om at den deltidsansatte har arbeidet «jevnlign» utover avtalt arbeidstid 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.

Nemnda har delt seg i et flertall og i et mindretall.

Nemndas flertall, medlemmene Rogstad, Solberg, Pedersen og Width har kommet til at merarbeidet ikke er utført jevnlign og at A ikke kan ha krav på økt stilling. Det er flere lengre opphold i merarbeidet på fire til fjorten uker. A har opplyst at han ikke har arbeidet ekstravakter i desember 2018 på grunn av han hadde jobbet opp mot maks avtalefestet overtidsbegrensninger og at han ikke jobbet ekstra i april og mai 2019 på grunn av vanskelige lønnsforhandlinger med arbeidsgiver som førte til streik. Flertallet finner at merarbeidet ikke har hatt tilstrekkelig omfang, hyppighet og stabilitet i tolv månedersperioden. Flertallet har etter dette kommet til at A ikke fyller kravene i § 14-4 a, og derfor ikke kan få medhold.

Nemndas mindretall, medlem Johansen har kommet til at merarbeidet er utført jevnlign og at A må ha krav på økt stilling. Merarbeidet i denne saken går etter mindretallets oppfatning utover det sporadiske. Selv om det har visse svingninger i intensiteten i beregningsperioden, har ekstraarbeidet vært tilstrekkelig jevnt fordelt utover året. Mindretallet viser til at A har utført merarbeid hver måned i beregningsperioden bortsett fra desember 2018 fordi han allerede hadde arbeidet maksimalt antall ekstravakter og april og mai 2019 på grunn av vanskelige lønnsforhandlinger, samt at han ble tatt ut i streik i seks dager. Mindretallet 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.

Konklusjon

Arbeidstaker gis ikke medhold.

Tvisteløsningsnemnda

Steffen G. Rogstad
Nestleder

6. desember 2019

Til orientering:

Tvister som nevnt i §§ 8-3, 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 fra det tidspunktet parten ble underrettet om nemndas avgjørelse, jf. arbeidsmiljøloven § 17-2 (3).

Reises det ikke søksmål innen fristen, har vedtaket virkning som en rettskraftig dom, og det kan fullbyrdes etter reglene som gjelder for dommer, jf. arbeidsmiljøloven § 17-2 (4).