

VEDTAK NR 17/18 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Twisteløsningsnemnda avholdt møte mandag 19. mars 2018.

Ved behandlingen av saken var tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Anne Marie Due, leder
Silje Hassellund Solberg, LO
Gry Brandshaug Dale, KS

Saken gjelder

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 miljøarbeider i stilling på 50 prosent i B kommune. Han har også en rammeavtale som tilkallingsvikar som språkassistent/tolk.

Den 10. oktober 2017 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 2. november 2017. Avslaget var begrunnet med at behovet for merarbeidet ikke lenger forelå grunnet planlagt nedbemanning.

Saken ble brakt inn for tvisteløsningsnemnda ved brev av 28. november 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 28. november 2017
- e-post av 5. februar 2018
- e-post av 10. februar 2018
-

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev datert 9. januar 2018
- brev av 8. mars 2018

Arbeidstakers anførsler

A anfører i det vesentligste:

Han har rett til stilling tilsvarende faktisk arbeidstid i beregningsperioden. I juni og juli 2017 har han jobbet overtid i tillegg til avtalt vikariat, noe som må inngå i beregningsgrunnlaget. Avtalen om ferievikariat tilsvarende 23,88 prosent stilling i august 2017 ble først forelagt arbeidstaker i oktober 2017, lenge etter at merarbeidet var utført. Det må derfor regnes som merarbeid.

Behovet for merarbeidet har ikke bortfalt. Det er fortsatt en utstrakt bruk av ekstravakter i virksomheten.

Arbeidsgivers anførsler

B kommune anfører i det vesentligste:

Behovet for arbeidstakers merarbeid har bortfalt. Det er vedtatt nedbemanning i avdeling for enslige mindreårige flyktninger. Avdelingen består i dag av 12,84 årsverk, og det er på kort tid planlagt en nedbemanning på mellom 1,77 og 2,67 årsverk.

I alle tilfelle skal 232,5 timer trekkes fra i beregningsgrunnlaget, da dette er timelønnet merarbeid i andre stillinger enn arbeidstakers faste stilling. Arbeidstaker kan heller ikke få full

uttelling for arbeid utover fast stilling i periodene juni/juli 2017 da han hadde et navngitt vikariat på 50 prosent, og august 2017, da han hadde et ferievikariat på 23,88 prosent.

Tvistløsningsnemndas 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 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. Tolv månedersperioden skal beregnes med utgangspunkt i det tidspunkt arbeidstaker fremmet sitt krav.

Arbeidstaker fremsatte sitt krav for arbeidsgiver 10. oktober 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 10. oktober 2016 til og med 9. oktober 2017.

Til tross for nemndas oppfordring om dette, har arbeidsgiver ikke fremlagt timelister som viser fordelingen av A sitt merarbeid i beregningsperioden. Nemnda har i sin vurdering derfor tatt utgangspunkt i arbeidstakers skjematiske fremstilling som viser antall merarbeidstimer per kalendermåned.

Uenigheten mellom partene i denne saken omhandler hva som skal inngå i beregningsgrunnlaget for faktisk arbeidstid etter arbeidsmiljøloven § 14-4 a, samt hvorvidt behovet for merarbeidet ikke lenger foreligger som følge av planlagt nedbemanning i enheten.

Nemnda vil først ta stilling til hvilke vakter som skal inngå i grunnlaget for beregning av faktisk arbeidstid etter arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Nemnda viser her 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 faste stillingsandelen som utgangspunkt anses som «arbeid utover avtalt arbeidstid». Forarbeidene avgrenser 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»

Slik saken er opplyst, legger nemnda til grunn at partene er enige om at A har fungert i et avtalt vikariat tilsvarende 50 prosent i perioden 19.05.2017 - 31.07.2017 og at dette således ikke er merarbeid i arbeidsmiljøloven § 14-4 as forstand. Arbeidstaker har imidlertid anført at han i vikariatet også arbeidet overtid tilsvarende 94,45 timer. Arbeidsgiver har ikke imøtegått dette, og nemnda legger således til grunn at overtidstimen skal inngå i beregningsgrunnlaget.

Overfor nemnda har arbeidsgiver videre fremlagt en avtale om et ferievikariat tilsvarende 23,88 prosent stilling for august 2017. Avtalen er imidlertid datert først 22. oktober 2017, og

arbeidstaker har anført at han ikke ble informert om at merarbeidet skulle være et vikariat før den skriftlige avtalen ble forelagt ham omlag to måneder etter at arbeidet var utført. Arbeidsgiver har, til tross for nemndas oppfordring om dette, ikke imøtegått arbeidstakers anførsel. Nemnda legger derfor til grunn at merarbeidet i august må anses som arbeid utover avtalt arbeidstid og dermed inngå i beregningsgrunnlaget.

B kommune har videre anført at 232,5 timer av A sitt merarbeid har vært i vakter tilhørende stillinger av en annen type enn arbeidstakers faste stilling, og at det dermed skal trekkes fra i beregningsgrunnlaget. Nemnda viser her til 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 til grunn at § 14-4 a skal forstås slik at ekstravakter knyttet til andre kompetanseområder enn arbeidstakers faste stilling, i dette tilfelle vakter som språkassistent/tolk, også skal inngå i vurderingen av ekstraarbeidet. Dette under forutsetning av at arbeidstaker har tilstrekkelig kompetanse til å oppnå ansettelse i en fast stilling som språkassistent/tolk.

Dokumentasjonen i saken viser etter dette at A har arbeidet 818,45 timer utover avtalt arbeidstid i beregningsperioden.

Nemnda vil så ta stilling til inngangskriteriet i arbeidsmiljøloven § 14-4 a om at den deltidsansatte må ha arbeidet «jevnlig» utover avtalt arbeidstid. Dette byr på en konkret og skjønnsmessig vurdering.

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.

Slik saken er opplyst har nemnda kommet til at merarbeidet er utført jevnlig i bestemmelsens forstand. 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 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.

B kommune har anført at behovet for A sitt merarbeid ikke lenger foreligger. Bortfallet skal skyldes en planlagt nedbemanning i enheten som følge av en forventet nedgang i bosetningen av enslige mindreårige flyktninger i kommunen de neste årene. Avdeling for enslige mindreårige flyktninger består i dag av 12,84 årsverk, og kommunen har redegjort for at det vil være nødvendig med en nedbemanning på mellom 1,77 og 2,67 årsverk i løpet av 2018.

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.»

I sak 129/16 har nemndas flertall uttalt følgende om planlagte nedbemanninger på avslagstidspunktet:

«For at nedbemanningsplaner skal ha betydning i de konkrete sakene nemnda skal avgjøre, må de etter flertallets oppfatning ikke bare fremstå som målsetninger, men være konkrete og allerede under behandling på tidspunktet for arbeidsgivers avslag. Enn videre må den planlagte nedbemanningen redusere behovet for merarbeid i den avdelingen eller enheten der merarbeidet som har utløst kravet på økt stilling, er utført. Flertallet understreker videre at nedbemanningen, for å være relevant, må ha som virkning at behovet for merarbeid reduseres.»

Slik saken er opplyst har nemnda etter en konkret helhetsvurdering kommet til at arbeidsgiver har sannsynliggjort at deler av behovet for A sitt merarbeid kommer til å bortfalle i nær fremtid.

Nemnda legger i sin vurdering til grunn at avdelingen for enslige mindreårige på kort sikt skal nedbemannes med omlag 20 prosent av eksisterende årsverk. Ettersom arbeidsgiver ikke har konkretisert hvor stor del av avdelingens behov for *merarbeid* som har bortfalt som følge av færre brukere, tar nemnda utgangspunkt i at behovet for A sitt merarbeid er redusert i tilsvarende grad som nedbemanningen, altså med omlag 20 prosent.

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 818,45 timer utover avtalt arbeidstid i beregningsperioden. Etter fratrekk for bortfalt behov, har nemnda etter en skjønnsmessig vurdering kommet til at arbeidstaker har rett til økning av sin stilling tilsvarende 39 prosent stilling. Samlet utgjør dette en stillingsprosent på 89.

Konklusjon

Arbeidstaker har rett til økning av sin stilling med en stillingsprosent på 39.

Tvisteløsningsnemnda

Anne Marie Due
leder

21.03.2018

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).