

VEDTAK NR 128/16 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Tvisteløsningsnemnda avholdt møte 30. september 2016.

Ved behandlingen av saken var tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Anne Marie Due (vara for Henning Harborg), leder
Lornts N. Nagelhus (vara for Silje Hassellund Solberg), LO
Elisabeth Lea Strøm, NHO

Særskilt oppnevnte medlemmer

Gry Brandshaug Dale, KS
Hallfrid Kristoffersen, Fagforbundet

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:

Saksforhold

A er fast ansatt som hjelpepleier i 59,15 prosent stilling ved X- og behandlingshjem i B kommune.

A framsatte 4. mars 2015 krav om utvidet stilling på grunnlag av utført merarbeid de siste 12 måneder, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

B kommune avslo kravet i brev av 27. mai 2015. Avslaget ble begrunnet med at kravet om jevnlig merarbeid ikke var oppfylt.

Dokumentasjon som er fremlagt for nemnda viser at A totalt har arbeidet 360 timer utover sin faste stilling i perioden 4. mars 2014 til 3. mars 2015. Full stilling utgjør 1846 timer per år. Fratrukket 5 uker ferie utgjør dette 1668,5 timer per år.

Saken ble brakt inn for tvisteløsningsnemnda ved brev av 18. juni 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 18. juni 2015

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev av 13. august 2015

Arbeidstakers anførsler

A anfører i det vesentligste at vilkåret om jevnlig merarbeid er oppfylt og at hun har rett til utvidet stilling tilsvarende faktisk arbeidstid.

Arbeidsgivers anførsler

B kommune anfører i det vesentligste at arbeidstaker har hatt flere opphold mellom to vakter og at merarbeidet dermed ikke anses som jevnlig. Videre er merarbeidet av en slik karakter at det ikke ser ut som en etablert fast praksis.

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).

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 beregnes med utgangspunkt i det tidspunkt arbeidstaker fremmet sitt krav.

Nemnda legger til grunn at siste dag i tolv månedersperioden er dagen forut for at kravet ble sendt til arbeidsgiver. Den relevante perioden i denne saken er dermed 4. mars 2014 til 5. mars 2015.

Uenigheten mellom partene i denne saken gjelder i hovedsak hvorvidt merarbeidet har vært utført jevnlig i bestemmelsens forstand. Hvorvidt merarbeidet har vært utført «jevnlig», 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 2012-1013) 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.

B kommune har begrunnet avslaget med at A har flere opphold uten merarbeid på flere uker. Vurderingen av jevnlighetskriteriet er en utpreget skjønsmessig vurdering. Nemnda har derfor i sin tidligere praksis ikke fastsatt en absolutt, kvantitativ grense for hvor lange opphold uten merarbeid kan være før jevnlighetskriteriet ikke er oppfylt. Etter nemndas oppfatning er det forholdsvis klart at ett eller flere opphold på to uker uten merarbeid ikke alene vil være tilstrekkelig til at jevnlighetskriteriet ikke er oppfylt.

Dokumentasjon som er forelagt nemnda viser at A har arbeidet 360 timer utover sin faste stilling i opptjeningsperioden. 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 fem ukers ferie blir utgangspunktet for nemndas beregning av opptjent stillingsøkning et årstimetall på 1668,5 timer. As merarbeid på 360 timer tilsvarer derfor en stillingsprosent på 21,5.

I vurderingen av saken har nemnda delt seg i et flertall og et mindretall.

Nemndas flertall, medlemmene Due, Nagelhus og Kristoffersen har etter en helhetsvurdering kommet frem til at merarbeidet er utført jevnlig og at A har krav på økt stilling. Merarbeidet i denne saken går etter flertallets oppfatning utover det sporadiske. Selv om det har visse svingninger i intensiteten i opptjeningsperioden, har ekstraarbeidet vært tilstrekkelig jevnt fordelt utover året. Nemnda viser til at A har hatt ekstravakter hver måned i beregningsperioden og 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. 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. 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. Det følger imidlertid av forarbeidene at en slik metode ikke skal følges slavisk, 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.

Dokumentasjon i saken viser at A har arbeidet betydelig mer utover avtalt arbeidstid i april, august og september enn i de øvrige månedene i beregningsperioden. Dette er perioder med betraktelig mer ferieavvikling enn ellers i året, og flertallet finner derfor at merarbeidet A har utført i disse månedene ikke kan gi full uttelling i beregningen.

Etter en skjønnsmessig vurdering basert på de overnevnte momenter, finner flertallet at merarbeidet gir arbeidstaker rett til økning av sin stilling med en stillingsandel tilsvarende 11 prosent.

Nemndas mindretall, medlemmene Strøm og Dale har etter en konkret skjønnsmessig vurdering kommet til at merarbeidet ikke er utført jevnlig i bestemmelsens forstand. Dokumentasjonen som er forelagt nemnda viser at A har hatt flere opphold uten merarbeid, herunder flere opphold på tre til fire uker uten merarbeid. Mindretallet kan med dette ikke se at merarbeidet har hatt tilstrekkelig omfang, hyppighet og stabilitet i tolv månedersperioden. Merarbeidet fremstår etter en helhetsvurdering som for sporadisk og varierende i omfang, slik at det ikke kan legges til grunn at det representerer en etablert praksis som fyller lovens krav.

Konklusjon

A har rett til en økning av sin stilling med en stillingsprosent på 11.

Tvisteløsningsnemnda

Anne Marie Due
leder

Oslo, 11.10.2016

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).