

VEDTAK NR 71/16 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Twisteløsningsnemnda avholdt møte tirsdag 15. desember 2015.

Ved behandlingen av saken var tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

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

Særskilt oppnevnte medlemmer

Truls Finne Gamnes, OUS
Ingrid Tordis Enoksen, NSF

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 sykepleier i stilling på 75 prosent ved X. I tillegg har hun fra 8. desember 2014 hatt et vikariat på 15 prosent.

I brev av 1. januar 2015 til B fremsatte A krav om stillingsutvidelse tilsvarende utført merarbeid de siste 12 måneder, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Kravet ble avslått av B 5. mars 2015. Avslaget er begrunnet med at lovens vilkår om at merarbeidet skal ha vært utført jevnlig, ikke er oppfylt.

Timelistene som er forelagt nemnda viser at A har arbeidet 295 timer utover avtalt arbeidstid i perioden fra og med 1. januar 2014 til og med 31. desember 2014. Full stilling utgjør 1846 timer brutto per år.

Saken ble brakt inn for tvisteløsningsnemnda ved brev av 25. 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 23. mars 2015

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev av 16. april 2015

Arbeidstakers anførsler

A anfører i det vesentligste:

Hun har krav på fast stilling tilsvarende utført merarbeid i kravperioden.

Arbeidsgivers anførsler

B anfører i det vesentligste:

Merarbeidet er ikke utført jevnlig i den aktuelle perioden. Det er flere perioder på om lag fire sammenhengende uker der det ikke er utført merarbeid. Ordinær overtid skal ikke tas med i beregningsgrunnlaget etter arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

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).

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 1. januar 2015. Nemnda legger til grunn at siste dag i tolvånedersperioden er dagen forut for at kravet ble fremmet. Den relevante perioden i denne saken er derved fra og med 1. januar 2014 til og med 31. desember 2014.

Uenigheten mellom partene i denne saken gjelder i hovedsak hvorvidt merarbeidet har vært utført jevnlig i bestemmelsens forstand. Det er også uenighet om hvorvidt ordinær overtid skal tas med i beregningsgrunnlaget etter § 14-4 a og om deler av behovet for merarbeid ikke lenger foreligger.

Når det gjelder anførselen om at overtid ikke skal medregnes, viser nemnda til departementets uttalelse i Prop. 83 L (2012-2013) punkt 4.4.4.2:

«Det bestemmelsen tar sikte på å omfatte, er jevnlig ekstraarbeid utover den stillingsandel den deltidsansatte formelt har. Den typiske situasjonen vil være der arbeidstaker arbeider «ekstravakter» utover avtalen, eller av andre grunner arbeider «overtid» i sin deltidsstilling, såkalt merarbeid. Årsaken til ekstraarbeidet er for så vidt uten betydning. Bestemmelsen skal derfor gjelde uavhengig av om det er økt arbeidsmengde, sykefravær eller andre forhold som begrunner behovet.»

Nemnda viser videre til at bestemmelsens begrep «arbeid utover avtalt arbeidstid» også er benyttet i arbeidsmiljøloven § 10-6 om overtid, og finner ingen holdepunkter for at det skal tillegges et annet meningsinnhold her. Nemnda utelukker imidlertid ikke at behovet for merarbeid i tilknytning til særskilte overtidstilfeller kan anses å ikke lenger foreligge, men dette må i tilfelle dokumenteres av arbeidsgiver. De angitte overtidstimerne er derfor i det følgende inntatt i beregningsgrunnlaget.

Slik saken er opplyst legger nemnda til grunn at A i beregningsperioden har arbeidet til sammen 295 timer utover avtalt arbeidstid. 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 1846 timer brutto per år, noe som tilsier en netto årlig arbeidstid på 1668,5 timer når ferie trekkes fra. Det utførte merarbeidet tilsvarer således en stillingsprosent på 17,68.

Hvorvidt merarbeidet har vært utført «jevnlig» i bestemmelsens forstand, 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 2012-1013) 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.

Slik saken er opplyst framstår det samlede merarbeidet etter nemndas syn som jevnt fordelt utover tolv månedersperioden og som utslag av en etablert praksis som oppfyller lovens krav. Det er i vurderingen blant annet lagt vekt på at A har utført merarbeid flere ganger i måneden gjennom hele opptjeningsperioden. Nemnda 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 månedersperioden. Slik nemnda forstår lovens forarbeider, skal nemnda ved fastsettelsen av ny stillingsprosent i utgangspunktet komme frem til hvor stor stillingsprosent det samlede merarbeidet tilsier på årlig basis, uten hensyntaken til variasjoner fra måned til måned. Det følger imidlertid også av forarbeidene at en slik metode ikke skal følges slavisk. Departementets opprinnelig forslag om at man skulle beregne den deltidsansattes gjennomsnittlige arbeidstid i tolv månedersperioden, 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 perioder med svært mye 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.

Nemnda kan imidlertid ikke se at det i denne saken har vært noen slike topper eller andre variasjoner som kan tilsi at man fraviker det matematiske gjennomsnittet over tolv månedersperioden. Ut fra sakens opplysninger, fastsetter nemnda derfor at merarbeidet gir arbeidstaker rett til økning av sin stilling på kravtidspunktet med 17,68 stillingsprosent.

Konklusjon

Arbeidstaker har etter arbeidsmiljøloven § 14-4 a rett til økning av sin stilling på kravtidspunktet med en stillingsprosent på 17,68.

Tvisteløsningsnemnda

Anne Marie Due
leder

Oslo, 27.06.2016

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).