

VEDTAK NR 76/16 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Tvisteløsningsnemnda avholdt møte torsdag 3. mars 2016.

Ved behandlingen av saken var tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Henning Harborg, leder

Lornts N. Nagelhus (vara for Silje Hassellund Solberg), LO

Silje Stadheim Almestrand (vara for Elisabeth Lea Strøm), NHO

Særskilt oppnevnte medlemmer

Arne Løseth, Fagforbundet

Mårten B. Faret, KS

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 stilling på 52,46 prosent ved Hjemmetjenesten i B kommune. A var i tillegg til sin faste stilling ansatt i et vikariat med en stillingsstørrelse på 3,3 prosent i perioden 7. oktober 2013 til 5. mai 2014.

Den 27. februar 2015 fremsatte A krav om stillingsutvidelse på grunnlag av utført merarbeid de siste 12 måneder, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Arbeidsgiver avsto søknaden i brev av 24. mars 2015. Avslaget var begrunnet med at merarbeidet ikke var utført jevnlig i den aktuelle perioden, og det ble vist til at det er flere opphold på over 14 dager fra siste merarbeid.

Vaktoversikt forelagt nemnda viser at A har utført 442 timer merarbeid i perioden fra og med 27. januar 2014 til og med 26. januar 2015. Full stilling utgjør 1846 timer per år. Fratrasket 5 uker ferie utgjør dette 1668,5 timer per år.

Saken ble brakt inn for tvisteløsningsnemnda ved brev av 8. april 2014. Overfor nemnda har begge parter fått anledning til å komme med utfyllende merknader i saken.

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidstaker:

- brev av 8. april 2015

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev av 28. april 2015
- e-post av 12. februar 2015
- e-post av 23. februar 2015
- e-post av 25. februar 2015

Arbeidstakers anførsler

A anfører i det vesentligste at merarbeidet viser et stabilt behov som gir ham rett til stilling tilsvarende faktisk arbeidstid, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Arbeidsgivers anførsler

B kommune anfører i det vesentligste at A i flere perioder ikke har utført merarbeid og at lovens vilkår om «jevnlig» utførelse av merarbeidet dermed ikke er oppfylt.

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 27. februar 2015, og den påberopte opptjeningsperioden i denne saken er dermed fra 27. februar 2014 til 26. februar 2015. Dokumentasjonen i saken viser at A har arbeidet 421,25 timer utover avtalt arbeidstid i opptjeningsperioden, tilsvarende en stillingsprosent på 25,25.

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 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 to uker eller mer. Vurderingen av jevnlighetskriteriet er en utpreget skjønnsmessig 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.

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 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. 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. 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.

Dokumentasjonen viser at A har arbeidet betydelig mer utover avtalt arbeidstid i sommermånedene enn i de andre månedene i beregningsperioden. Juni og juli er perioder med betraktelig mer ferieavvikling enn ellers i året, og nemnda 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 nemnda at merarbeidet gir arbeidstaker rett til økning av sin stilling med en stillingsandel tilsvarende 20 prosent.

Konklusjon

A har rett til en økning av sin stilling med en stillingsprosent på 20.

Tvisteløsningsnemnda

Henning Harborg
leder

Oslo, 17.08.2016

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).