

VEDTAK NR 227/17 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Tvisteløsningsnemnda avholdt møte tirsdag 31. oktober 2017.

Ved behandlingen av saken var tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Sigrun Sagedahl, nestleder
Gry Brandshaug Dale, KS
Ragnhild Bø Raugland, Akademikerne

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 pleiemedarbeider i stilling på 23,94 prosent i B kommune.

Den 3. april 2017 fremsatte A krav om stillingsutvidelse på grunnlag av utført merarbeid de siste 12 måneder, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

I brev av 4. mai 2017 fra B kommune, ble A informert om at han ville få utvidet sin stilling tilsvarende 19,2 prosent. A mener merarbeidet gir ham rett til den større stillingsutvidelse.

Saken ble brakt inn for tvisteløsningsnemnda ved brev av 12. mai 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 12. mai 2017

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev datert 1. september 2017

Arbeidstakers anførsler

A anfører i det vesentligste:

Alle merarbeidstimer skal inngå i beregningsgrunnlaget, også ekstravakter grunnet andre arbeidstakers sykdom og ferie.

Arbeidsgivers anførsler

B kommune anfører i det vesentligste:

A har rett til stillingsutvidelse tilsvarende 19,2 prosent på grunnlag av det merarbeidet han har utført i ekstravakter og vakante vakter. Vakttypene «vikar ferie» og «vikar sykdom» skal ikke tas med i beregningen, da dette er en del av ordinær drift og avvikling av ordinært arbeid. Det kan derfor ikke regnes som merarbeid.

Tvisteløsningsnemndas merknader

Twist 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.

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 3. april 2017. Nemnda legger til grunn at siste dag i tolvånedersperioden er dagen forut for at kravet ble fremsatt for arbeidsgiver. Den relevante perioden i denne saken er dermed fra og med 3. april 2016 til og med 2. april 2017. Vaktoversikt forelagt nemnda viser at A har arbeidet 886,77 timer utover sin faste stilling i denne perioden. Full stilling utgjør 1846 timer per år.

Uenigheten mellom partene i denne saken omhandler hvilke vakter som skal inngå i beregningsgrunnlaget etter arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Arbeidsgiver har opplyst at A for den aktuelle tolvånedersperioden har inngått en vikaravtale for arbeid som skyldes andre arbeidstakers sykdom samt ferieavvikling, og at dette dermed ikke skal medregnes. 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».

I herværende sak har nemnda fått forelagt en midlertidig arbeidsavtale for perioden 1. mars 2016 til 1. mars 2017. Avtalen, som angir at «ansettelsen gjelder i ferier, kortere sykefravær m.m.», fremstår imidlertid for nemnda som en rammeavtale for tilkallingsvakter, og ikke som den typen midlertidige avtaler som forarbeidene viser til. Kontrakten hadde ingen fastsatt stillingsstørrelse eller minimum antall timer, og vaktene er dessuten jevnt spredt utover tolvånedersperioden. Merarbeid i henhold til denne avtalen må derfor tas med i beregningen av As merarbeid i perioden. Dette er i tråd med nemndas tidligere praksis, se for eksempel vedtak 29/16 og 69/16, hvor lignende rammeavtaler om ekstravakter ikke ble holdt utenfor beregningen.

Problemstillingen nemnda da må vurdere, er hvorvidt merarbeidet har vært utført jevnlig i bestemmelsens forstand. Kriteriet 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.

Etter nemndas forståelse av kravet til jevnlighet, oppfyller A bestemmelsens vilkår. Merarbeidet i denne saken går etter nemndas oppfatning utover det sporadiske. Nemnda viser til at A med få unntak har hatt ekstravakter hver uke i beregningsperioden og 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. Nemnda har etter dette kommet til at A fyller kravene i § 14-4 a.

A har dermed rett til stilling tilsvarende faktisk arbeidstid i beregningsperioden. 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. 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 886,77 timer utover avtalt arbeidstid i beregningsperioden, noe som tilsvarer en stillingsprosent på 53,15. Arbeidstakers faktiske arbeidstid (fast stilling og merarbeid) i beregningsperioden tilsvarer dermed en stillingsprosent på 77,09.

Konklusjon

Arbeidstaker har rett til økning av sin stilling med en stillingsprosent på 53,15.

Tvisteløsningsnemnda

Sigrun Sagedahl
nestleder

03.11.2017

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).