

VEDTAK NR 160/16 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Twisteløsningsnemnda avholdt møte torsdag 20. mai 2016.

Ved behandlingen av saken var tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Henning Harborg, leder
Lornts Natrud Nagelhus, LO
Elisabeth Lea Strøm, NHO

Særskilt oppnevnte medlemmer

Cecilie R. Sæther, KS
Liv Håkonsen, Delta

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 fagarbeider i stilling på 60 prosent i B kommune, med arbeidssted X. A var fra 2012 ansatt i fast stilling på 54 prosent. I februar 2013 tiltrådte hun i et vikariat på 60 prosent, og hun fikk fast tilsetting i denne stillingen fra 15. september 2014.

Den 23. april 2015 fremsatte A krav om stillingsutvidelse på grunnlag av utført merarbeid de siste 12 måneder, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

B kommune avslo kravet i vedtak overlevert A 27. mai 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.

Under saksforberedelsen for nemnda har arbeidsgiver i tillegg anført at behovet for As merarbeid ikke lenger foreligger som følge av redusert sykefravær på arbeidsplassen.

Dokumentasjonen arbeidsgiver har fremlagt viser at A har arbeidet 341 timer utover sin faste stilling i perioden 23. april 2014 til 22. april 2015. Av disse er 87,5 timer ekstravakter for kolleger med sykefravær. Full stilling utgjør 1846 arbeidstimer per år.

Saken ble brakt inn for tvisteløsningsnemnda ved brev innkommet 25. 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 datert 23. juni 2015
- brev datert 4. september 2015

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev datert 3. september 2015
- brev datert 4. september 2015
- tre e-poster av 25. april 2016
- e-post av 26. april 2016
- e-post av 27. april 2016
- e-post av 3. mai 2016

Arbeidstakers anførsler

A anfører i det vesentligste at ekstravaktene utover hennes faste stilling viser et stabilt og varig behov som gir henne rett til stilling tilsvarende faktisk arbeidstid, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Arbeidsgivers anførsler

B kommune anfører i det vesentligste at A i flere perioder på 14 dager eller mer ikke har utført merarbeid og at lovens vilkår om «jevnlig» utførelse av merarbeidet dermed ikke er oppfylt. Stillingsøkningen fra 54 til 60 prosent må hensyntas ved fastsettelsen av en eventuell

stillingsutvidelse. Uansett har det reduserte sykefraværet på arbeidsteden medført at behovet for merarbeidet ikke lenger foreligger.

Twisteløsningsnemndas 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).

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.

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 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, og der det har vært lengre opphold har hun hatt ferie. 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 tolvånedersperioden. 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. 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.

B kommune har anført at endringen i stillingsandel i beregningsperioden må hensyntas ved fastsettelsen av stillingsutvidelsen. Arbeidsavtalene fremlagt av arbeidsgiver viser at A tiltrådte i en allerede eksisterende stilling på arbeidsplassen da stillingsandelen ble endret, slik at det vil være merarbeid utover denne stillingen som reflekterer arbeidsgivers behov for merarbeid. Nemnda finner derfor at det er merarbeid ut over stillingsandelen på 60 prosent som skal legges til grunn for beregningen av stillingsutvidelsen.

A fremsatte sitt krav for arbeidsgiver 23. april 2015. Etter § 14-4 a (1) annen setning skal 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 arbeidstaker fremmet sitt krav for arbeidsgiver. Den relevante perioden i denne saken er dermed fra 23. april 2014 til 22. april 2015. Dokumentasjonen som er forelagt nemnda viser at A har arbeidet 341 timer utover avtalt arbeidstid i beregningsperioden.

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 med en ukentlig arbeidstid på 35,5 timer i snitt. Etter fradrag for fem ukers ferie blir utgangspunktet for nemndas beregning av opptjent stillingsøkning et årstimetall på 1668,5 timer. As merarbeid tilsvarer derfor en stillingsprosent på 20,44.

Arbeidsgiver har anført at behovet for As merarbeid ikke lenger foreligger fordi sykefraværet på arbeidsplassen er redusert.

Dokumentasjonen forelagt nemnda viser en vesentlig nedgang i sykefraværet på arbeidsplassen. Nemnda legger derfor til grunn at behovet for As merarbeid var delvis bortfalt da arbeidsgiver avsto hennes krav etter arbeidsmiljøloven § 14-4 a. Nemnda har etter en skjønnsmessig vurdering av arbeidsgivers fortsatte behov for As merarbeid, der det særlig er sett hen til merarbeidet utført av andre årsaker enn sykefravær, funnet at A har krav på en stillingsøkning tilsvarende 15 prosent stilling.

Konklusjon

A har rett til en økning av sin stilling med en stillingsprosent på 15.

Tvisteløsningsnemnda

Henning Harborg
leder

Oslo, 31.10.2016

Til orientering:

Twister 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).