

VEDTAK NR 188/17 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Twisteløsningsnemnda avholdt møte torsdag 24. august 2017.

Ved behandlingen av saken var tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Anne Marie Due, leder
Silje Hassellund Solberg, LO
Silje Stadheim Almestrand, NHO

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 hjelpepleier i stilling på 60,4 prosent i B kommune. Hun har hatt flere midlertidige avtaler i beregningsperioden inkludert sin faste stilling:

- 27. oktober 2015 – 3. januar 2016 – 84,24 prosent
- 4. januar 2016 – 19. juni 2016 – 69,69 prosent
- 20. juni 2016 – 17. juli 2016 – 100 prosent
- 8. august 2016 – 26. oktober 2016 – 69,69 prosent

Den 27. oktober 2016 fremsatte hun krav om stillingsutvidelse på grunnlag av utført merarbeid de siste 12 måneder, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Arbeidsgiver avslo kravet i brev av 16. februar 2017 med begrunnelsen at det forelå opphold fra 11. juni 2015 til 14. august 2016, og merarbeidet ikke er utført jevnlig.

Saken ble brakt inn for tvisteløsningsnemnda ved brev datert 13. mars 2017, poststemplett 15. mars 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 13. mars 2017

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev datert 7. april 2017

Arbeidstakers anførsler

A anfører i det vesentligste:

Merarbeidet hun har utført i tolv månedersperioden viser et stabilt behov som gir henne rett til utvidet stilling tilsvarende faktisk arbeidstid.

Arbeidsgivers anførsler

B kommune anfører i det vesentligste:

Arbeidsgiver mener kravet til sammenhengende merarbeid ikke er oppfylt. I perioden fra 11. juni 2016 til 14. august 2016 har det ikke vært utført merarbeid. Vikartimer i stillinger arbeidstaker ikke er kvalifisert for er holdt utenfor ved beregningen av merarbeidet.

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). I henhold til forskrift om tvisteløsningsnemnd etter arbeidsmiljøloven § 2 settes nemnda med leder 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 27. oktober 2016. Nemnda legger til grunn at siste dag i tolv månedersperioden er dagen forut for at kravet ble fremsatt for arbeidsgiver. Den relevante perioden i denne saken er dermed fra og med 27. oktober 2015 til og med 26. oktober 2016.

Dokumentasjonen som er forelagt nemnda viser at A har arbeidet 462,75 timer utover sin faste stilling i beregningsperioden. Merarbeid knyttet til midlertidige avtaler er ikke tatt med i denne beregningen. Arbeidsgiver har dokumentert at 231,75 timer av As merarbeid har vært i vakter som arbeidstaker ikke er kvalifisert for. Ettersom arbeid i disse vaktene krever en annen kompetanse og utdanning enn det arbeidstaker innehar, finner nemnda at dette merarbeidet ikke kan inngå i grunnlaget for vurderingen av rett til utvidet stilling, da As merarbeid i disse vaktene ikke er uttrykk for arbeidsgivers behov.

Kravet til at arbeidstaker må ha arbeidet «jevnlig» utover avtalt arbeidstid 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 2012-2013) 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. 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.

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 i beregningsperioden har utført merarbeid hver måned, bortsett fra juli. I denne perioden var imidlertid arbeidstaker sykemeldt og avvirket ferie. Ekstraarbeidet har således 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.

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, 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. Dokumentasjonen i saken viser at A har arbeidet 231 timer utover avtalt arbeidstid i beregningsperioden. Hun har dermed rett til økning av sin stilling med en stillingsprosent på 13,84.

Konklusjon

A har rett til økning av sin stilling med en stillingsprosent på 13,84.

Tvisteløsningsnemnda

Anne Marie Due
leder

25.08.2017

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).