

VEDTAK NR 90/16 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Twisteløsningsnemnda avholdt møte onsdag 22. juni 2016.

Ved behandlingen av saken var tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

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

Særskilt oppnevnte medlemmer

Hallfrid Kristoffersen, Fagforbundet
Gry Brandshaug Dale, KS

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 i en stilling på 18,31 prosent som assistent i hjemmetjenesten i B kommune.

Den 31. mars 2015 framsatte A krav om utvidet stilling på grunnlag av utført merarbeid de siste 12 måneder, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

B kommune avslo kravet i brev av 26. mai 2015. Avslaget ble begrunnet med at kravet om jevnlig merarbeid ikke var oppfylt.

Dokumentasjon partene har fremlagt for nemnda viser at A har arbeidet 448,5 timer utover sin faste stilling i perioden 31. mars 2014 til 30. mars 2015. Det er opplyst at full stilling utgjør 1846 timer per år.

Saken ble brakt inn for tvisteløsningsnemnda ved brev av 16. 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 av 16. juni 2015
- brev av 9. juli 2015
- brev av 1. september 2015
- brev av 29. september
- e-post av 23. mai 2016

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev av 28. august 2015
- brev av 28. september

Arbeidstakers anførsler

A anfører i det vesentligste:

Hun har rett til utvidet stilling tilsvarende antall utførte merarbeidstimer i den aktuelle perioden. Hun kjente ikke til den midlertidige avtalen som ferievikar og har heller ikke underskrevet denne. Det hevdes uansett at denne avtalen ikke er en avtale som skulle regulere et avtalt arbeidsforhold som medfører at lovens forståelse av jevnlig brytes. Dette fordi hun også har jobbet som sommervikar for flere personer og har vært med på å dekke kommunens behov i ferien på lik linje som ved sykdom og permisjoner.

Arbeidsgivers anførsler

B kommune anfører i det vesentligste:

Arbeidstaker har hatt et avtalt sommervikariat i perioden 23. juni til 17. august som ved en inkurie ikke ble forelagt og underskrevet av arbeidstaker, men som anses som svært

sannsynlig at hun var kjent med. Videre har arbeidstaker hatt 5 opphold fra merarbeid i perioden med varighet på 2-3 uker.

Utførelsen av merarbeidet har etter dette ikke den stabilitet som forarbeidene gir anvisning på og merarbeidet fremstår i det store og hele ikke som en etablert praksis i den aktuelle perioden. Etter arbeidsgivers vurdering medfører disse periodene uten utført merarbeid samlet sett at kravet om jevnlighet ikke er oppfylt.

Merarbeid betegnet som fast lønn på 67,5 timer ble benyttet på stillinger som ble holdt vakante i påvente av omorganisering i hjemmetjenesten og omplassering av ansatte som ble overflødige. Stillingene er nå enten lagt ned, eller besatt slik at behovet for dette 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 beregnes med utgangspunkt i det tidspunkt arbeidstaker fremmet sitt krav.

Uenigheten i denne saken gjelder hvorvidt merarbeidet har vært utført jevnlig i bestemmelsens forstand. Kriteriet 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.

A fremsatte sitt krav for arbeidsgiver 31. mars 2015. Nemnda legger til grunn at siste dag i tolvmånedersperioden er dagen forut for at kravet ble fremmet for arbeidsgiver. Den relevante perioden i denne saken er dermed fra 31. mars 2014 til 30. mars 2015. Dokumentasjonen som er forelagt nemnda viser at A har arbeidet 448,5 timer utover sin faste stilling og i beregningsperioden. Ved vurderingen av timeantallet har nemnda lagt til grunn alt utført merarbeid i perioden basert på framlagte timelister med unntak arbeid som ferievikar i perioden 23. juni 2014 til 17. august 2014.

Det fremgår at A i perioden 23. juni 2014 til 17. august 2014 var ansatt i et sommervikariat hvor hun arbeidet i en fast turnus som ferievikar. Til tross for at det ikke foreligger signert arbeidsavtale for sommervikariatet, finner nemnda det sannsynliggjort at vikariatet var avtalt mellom partene. Det vises bl. a til fremlagte turnuser.

Innleverte timelister viser imidlertid at det under sommervikariatet også ble utført en ekstravakt ført med annen kode enn ferievikar. Disse timene tas derfor med i grunnlaget for beregning av stillingsøkning.

Med 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. A har med unntak av juli 2014 hvor hun avviklet egen ferie og arbeidet i avtalt sommervikariat, hatt ekstravakter hver måned i beregningsperioden og ekstraarbeidet har hatt tilstrekkelig omfang, hyppighet og stabilitet. Merarbeidet fremstår etter en helhetsvurdering som en etablert praksis som oppfyller lovens krav.

Arbeidsgiver har anført at deler av behovet for merarbeid er bortfalt som følge av innleie i stillinger som ble holdt vakante i påvente av omplassering av ansatte som ville bli overflødige etter politisk vedtak om omorganisering og reduksjon av bemanningen ved hjemmetjenesten.

Det følger av arbeidsmiljøloven § 14-4 a at deltidsansatte har rett til stilling tilsvarende faktisk arbeidstid, med mindre arbeidsgiver kan dokumentere at behovet for merarbeid ikke lenger foreligger.

Etter nemndas oppfatning er det i denne saken tilstrekkelig dokumentert at omstillings- og nedbemanningsprosessen medførte at behovet for deler av As merarbeid ikke lenger forelå. Innleie i vakante stillinger med 67,5 timer i perioden anses dermed som bortfalt, og vil ikke inngå i grunnlaget for å beregne økt stillingsandel.

Opptjent stillingsøkning må etter nemndas oppfatning beregnes med utgangspunkt i brutto årstimetall i full stilling fratrukket ferie, i dette tilfellet 1668,5 timer. As merarbeid på 381 timer tilsvarer derfor en stillingsprosent på 22,83.

Det følger av bestemmelsen at arbeidstaker har rett til stilling tilsvarende faktisk arbeidstid i tolvårsperioden. Slik nemnda forstår bestemmelsens forarbeider, skal nemnda ved fastsettelsen av ny stillingsprosent i utgangspunktet regne om 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, men 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.

Selv om merarbeidet etter en totalvurdering framstår som jevnt fordelt utover året, viser timelistene at det i mars 2015 ble utført en betydelig høyere andel merarbeid, enn i de øvrige månedene.

Nemnda finner følgelig at merarbeidet A har utført denne perioden ikke kan gi full uttelling i beregningen. Etter en skjønnsmessig vurdering basert på de ovennevnte momenter, fastsetter nemnda at merarbeidet gir arbeidstaker rett til økning av sin stilling tilsvarende 20 prosent.

Konklusjon

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

Tvisteløsningsnemnda

Anne Marie Due
leder

Oslo, 26.08.2016

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).