

VEDTAK NR 87/16 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 som hjelpepleier i B kommune i 55,63 prosent fast stilling i X bofellesskap. Hun har i tillegg hatt flere vikariater og jobbet ekstravakter ved arbeidsstedet.

Den 22. februar 2015 framsatte A krav om utvidet stilling på grunnlag av utført merarbeid de siste 12 måneder, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a. Det ble krevd en samlet stilling på 89,4 prosent.

B kommune avslo kravet i brev av 27. 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 379 timer utover sin faste stilling i perioden 22. februar 2014 til 21. februar 2015. Full stilling utgjør 1846 timer per år.

A har hatt følgende vikariater i tillegg til sin faste stilling i perioden:

- | | |
|-----------------------------------|--------------|
| - 6.oktober 2014 - 22. mars 2015 | 3,28 prosent |
| - 6.oktober 2014 – 4. januar 2015 | 6,10 prosent |

Saken ble brakt inn for tvisteløsningsnemnda ved brev av 11. 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 11. juni 2015
- brev av 16. juni 2015
- brev av 29. juni 2015
- brev av 28. september 2015
- brev av 6. juni 2016

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev av 28. august 2015

Arbeidstakers anførsler

A anfører i det vesentligste:

Hun har rett til utvidet stilling tilsvarende antall utførte merarbeidstimer i den aktuelle perioden. Opphold i merarbeid skyldes i hovedsak ferieavvikling, fulle uker i egen turnus, samt avslag på ønsker om å ta ytterligere ekstravakter.

Arbeidsgivers anførsler

B kommune anfører i det vesentligste:

Arbeidstaker har hatt tre periode med en varighet på 3-4 uker uten merarbeidet. Videre er innleie som ferievikar konsentrert med topp rundt sommerhalvåret og oppstår ikke jevnlig fordelt ut over året.

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.

Innleie som engasjement og ekstrahjelp skyldes periode med stor pleietyngde på flere pasienter. Endringer i pasientgruppen har medført at det ikke er behov for ekstra innleie på avdelingen.

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. Tolv månedersperioden beregnes med utgangspunkt i det tidspunkt arbeidstaker fremmet sitt krav.

Uenigheten i denne saken dreier seg om 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 22. februar 2015. Nemnda legger til grunn at siste dag i tolv månedersperioden er dagen forut for at kravet ble fremmet for arbeidsgiver. Den relevante perioden i denne saken er dermed fra 22. februar 2014 til 21. februar 2015.

Dokumentasjonen som er forelagt nemnda viser at A har arbeidet 379 timer utover sin faste stilling og avtalte vikariater i beregningsperioden. Ved vurderingen av timeantallet har

nemnda lagt til grunn alt utført merarbeid i perioden, basert på framlagte timelister, med unntak av avtalte vikariater.

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 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 endringer i pasientgruppen ved X bofellesskap, hvor enkelte ressurskrevende brukere gikk bort høsten 2014.

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 endret pasientgruppe medførte at behovet for deler av As merarbeid ikke lenger forelå. Innleie av ekstravakter og engasjement ved X bofellesskap med til sammen 34,5 timer anses 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 344,5 timer tilsvarer derfor en stillingsprosent på 20,64.

Det følger av bestemmelsen at arbeidstaker har rett til stilling tilsvarende faktisk arbeidstid i tolv månedersperioden. 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.

Arbeidsgiver har anført at innleie som ferievikar er konsentrert med en topp i sommerhalvåret. Nemnda kan imidlertid ikke se at det i denne saken har vært noen slike topper eller andre variasjoner i sommerhalvåret som kan tilsi at man fraviker det matematiske gjennomsnittet over tolv månedersperioden. Ut fra sakens opplysninger, fastsetter nemnda derfor at merarbeidet gir arbeidstaker rett til økning av sin stilling med en stillingsprosent på 20,64.

Konklusjon

A har rett til økning av sin stilling med en stillingsprosent på 20,64.

Tvisteløsningsnemnda

Anne Marie Due
leder

Oslo, 25.08.2016

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).