

VEDTAK NR 104/16 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Twisteløsningsnemnda avholdt møte onsdag 17. februar 2016.

Ved behandlingen av saken var tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

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

Særskilt oppnevnte medlemmer

Mårten Brandsnes Faret, KS
Siri Kristin Konstad, Fagforbundet

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 65 prosent ved Enhet hjemmetjenester i B kommune. Ved brev av 15. januar 2015 fremsatte Fagforbundet, på vegne av A, krav om utvidet stilling til 73 prosent.

Arbeidsgiver avslo kravet i brev av 19. mars 2015. Begrunnelsen for avslaget var at det var foretatt en skjønnsmessig vurdering hvor flere opphold på 14 dager eller mer i kravperioden ble vurdert.

Oversikten lagt frem av arbeidsgiver viser at A har jobbet 98,62 timer ekstraarbeid i perioden fra og med 15. januar 2014 til og med 14. januar 2015. Full stilling utgjør 1846 timer brutto per år.

Saken ble brakt inn for tvisteløsningsnemnda ved brev av 7. april 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 7. april 2015

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev av 20. mai 2015
- e-post av 3. februar 2016

Arbeidstakers anførsler

A anfører i det vesentligste:

Merarbeidet hun har utført i den aktuelle perioden gir henne krav på utvidet stilling til 73 prosent i henhold til arbeidsmiljøloven §14-4 a.

Arbeidsgivers anførsler

B kommune anfører i det vesentligste:

Ved vurderingen av merarbeidet har arbeidsgiver holdt utenfor merarbeid i ferieperioder, sesongtopper og lignende. A har også hatt flere lange perioder uten merarbeid, som ikke er relatert til sykefravær, ferieavvikling eller annet gyldig fravær. Behovet for merarbeid har ikke falt bort i løpet av perioden.

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.

Kravet ble fremmet for arbeidsgiver 15. januar 2015. Nemnda legger til grunn at siste dag i tolv månedersperioden er dagen forut for at kravet ble fremmet. Den relevante perioden i denne saken er derved fra og med 15. januar 2014 til og med 14. januar 2015.

Dokumentasjonen som er forelagt nemnda viser at A har arbeidet 98,62 timer utover avtalt arbeidstid i opptjeningsperioden. 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. A sitt merarbeid på 98,62 timer tilsvarer derfor en stillingsprosent på 5,91.

Uenigheten mellom partene i denne saken handler om hvorvidt merarbeidet har vært utført «jevnlign» i bestemmelsens forstand, og hvorvidt merarbeidet utført i ferieperioder og sesongtopper skal tas med i vurderingen. Jevnlighetskriteriet byr på en konkret og skjønsmessig vurdering som i første instans vil være overlatt til tvisteløsningsnemnda der partene ikke selv blir enige.

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.

Nemnda har etter en konkret skjønsmessig vurdering kommet til at merarbeidet ikke er utført jevnlig i lovens forstand.

Merarbeidet i denne saken tilsvarer 5,91 prosent stilling. Arbeidstaker er i utgangspunktet ansatt i 65 prosent stilling. Selv med en stillingsprosent som ikke er særlig omfattende, viser dokumentasjonen i denne saken at merarbeidet er svært ujevnt fordelt i opptjeningsperioden, og varierer fra flere måneder uten merarbeid til måneder med 25 timer merarbeid. Det er ikke utført noe merarbeid i mars, april, juli og desember. Nemnda har lagt til grunn at det må ses hen til årsaken til at det ikke har vært arbeidet ekstra i perioden. I perioder der arbeidstakeren har ferie, kan det f.eks. ikke forventes merarbeid. Det vises til vedtak 20/16. Selv om en ser bort fra de ukene arbeidstaker har avvirket ferie, kan ikke nemnda se at ekstraarbeidet har hatt tilstrekkelig omfang, hyppighet og stabilitet i tolv månedersperioden. Merarbeidet fremstår dermed etter en helhetsvurdering som for sporadisk og det kan ikke legges til grunn at det representerer en etablert praksis som fyller lovens krav.

Nemnda har etter dette kommet til at vilkårene for utvidet stilling i arbeidsmiljøloven § 14-4 a ikke er oppfylt.

Konklusjon

Arbeidstaker gis ikke medhold.

Tvisteløsningsnemnda

Anne Marie Due
leder

Oslo, 02.09.2016

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).