

VEDTAK NR 36/17 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Tvisteløsningsnemnda avholdt møte tirsdag 31. januar 2017.

Ved behandlingen av saken var tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Sigrun Sagedahl, nestleder
Gry Brandshaug Dale, KS
Vetle Wetlesen Rasmussen, YS

Saken gjelder

Tvist 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 66,2 prosent i B kommune med arbeidssted på X samt Y bo- og velferdssenter.

Den 6. januar 2015 fremsatte A krav om stillingsutvidelse på grunnlag av utført merarbeid de siste 12 måneder, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Arbeidsgiver avsto søknaden i brev datert 14. oktober 2016. Avslaget var begrunnet med at merarbeidet ikke var utført jevnlig i den aktuelle perioden.

Saken ble brakt inn for tvisteløsningsnemnda ved brev poststempelt 2. november 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 2. november 2015
- brev av 12. januar 2016

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev av 20. november 2015
- brev av 25. januar 2016
- brev av 21. desember 2016
- e-post av 23. januar 2017

Arbeidstakers anførsler

A anfører i det vesentligste:

Merarbeidet viser et stabilt behov som gir henne rett til utvidet stilling tilsvarende faktisk arbeidstid, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Arbeidsgivers anførsler

B kommune anfører i det vesentligste:

I flere av månedene i opptjeningsperioden har hun kun utført noen få timer merarbeid. Lovens vilkår om «jevnlig» utførelse av merarbeid er dermed ikke er oppfylt. Merarbeidet hun har utført i forbindelse med ferieavvikling og seniorfri skal uansett ikke regnes med.

Tvistløsningsnemndas 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).

Etter forskrift om tvisteløsningsnemnd etter arbeidsmiljøloven § 2 settes nemnda med nestleder 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. Tolv månedersperioden skal beregnes med utgangspunkt i det tidspunkt arbeidstaker fremmet sitt krav.

A fremsatte sitt krav for arbeidsgiver 6. januar 2015. 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 6. januar 2014 til 5. januar 2015.

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 ferie blir utgangspunktet for nemndas beregning av opptjent stillingsøkning et årstimetall på 1668,5 timer.

Uenigheten mellom partene i denne saken gjelder i hovedsak hvorvidt merarbeidet har vært utført jevnlig i bestemmelsens forstand. Arbeidsgiver har i tillegg anført at timer som i timelistene har stillingskoden «vikar ferie» ikke skal tas med i beregningsgrunnlaget.

Det følger av forarbeidene, jf. Prop. 83 L (2012-2013), punkt 4.4.4.2, at bestemmelsen må «avgrenses mot situasjoner hvor det er avtalt en utvidelse av stillingen i form av en midlertidig ansettelseskontrakt», og det understrekes at i slike tilfeller skal stillingsutvidelsen ikke anses som «arbeid utover avtalt arbeidstid». På den annen side presiseres det i forarbeidene at det ikke er «meningen at retten skal kunne uthules av at typiske ekstravakter konstrueres som enkeltstående midlertidige ansettelser». Det sentrale i vurderingen er «arbeidets varighet og dets karakter av å dekke en «merarbeidssituasjon»» eller om det fremstår som «ekstraarbeid».

Arbeidsgiver har påberopt at merarbeid i forbindelse med ferieavvikling og seniorfri ikke skal inngå i beregningsgrunnlaget. Nemnda ser grunn til å bemerke at bakgrunnen for merarbeidet her er uten betydning. Avtalt arbeid i form av midlertidig arbeidsavtale, f.eks. i forbindelse med ferieavvikling, skal derimot som hovedregel holdes utenom beregningen.

Dokumentasjonen som er forelagt nemnda viser dermed at A har arbeidet 434,75 timer utover avtalt arbeidstid i opptjeningsperioden.

Når det gjelder spørsmålet om hvorvidt merarbeidet er jevnlig utført, viser nemnda til bestemmelsens forarbeider (Prop. 83 L for 2012-2013), der det fremkommer 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. Dette beror på en konkret og skjønsmessig vurdering.

Etter nemndas forståelse av kravet til jevnlighet må A ha krav på økt stilling. Selv om det har vært visse svingninger i intensiteten i beregningsperioden, har ekstraarbeidet slik nemnda ser det vært tilstrekkelig jevnt fordelt utover året. Nemnda viser til at A har hatt flere ekstravakter hver måned i beregningsperioden og er av den oppfatning at ekstraarbeidet har 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 og har rett til stilling tilsvarende faktisk arbeidstid.

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.

Etter en skjønnsmessig vurdering basert på de overnevnte momenter, finner nemnda at merarbeidet gir arbeidstaker rett til økning av sin stilling med en stillingsandel tilsvarende 25 prosent.

Konklusjon

Arbeidstaker har rett til økning av sin stilling med en stillingsprosent på 25.

Tvisteløsningsnemnda

Sigrun Sagedahl
nestleder

Oslo, 10.02.2017

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).