

VEDTAK NR 32/17 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 helsefagarbeider i stilling på 48,24 prosent ved X Omsorgssenter i B kommune.

Den 30. september 2015 fremsatte A krav om stillingsutvidelse på 22 prosent med grunnlag i utført merarbeid de siste 12 måneder, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Arbeidsgiver avslo søknaden og begrunnet det med at merarbeidet ikke var utført jevnlig i den aktuelle perioden.

Timeoversikt forelagt nemnda viser at A har arbeidet 420,5 timer utover sin faste stilling i perioden 30. september 2014 til 29. september 2015. Full stilling utgjør 1846 timer per år.

Saken ble brakt inn for tvisteløsningsnemnda ved brev av 26. oktober 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 26. oktober 2015
- brev av 5. februar 2016
- brev av 1. april 2016

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev av 29. februar 2016

Arbeidstakers anførsler

A anfører i det vesentligste:

Hennes merarbeid viser et stabilt behov som gir henne rett til utvidet stilling tilsvarende faktisk arbeidstid, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a. De ukene hun ikke har utført merarbeid er begrunnet i oppsatte vakter i hennes ordinære turnus.

Arbeidsgivers anførsler

B kommune anfører i det vesentligste:

A har i flere, lengre perioder ikke utført merarbeid og lovens vilkår om «jevnlig» utførelse av merarbeid er dermed ikke oppfylt.

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).

Etter 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.

A fremsatte sitt krav for arbeidsgiver 30. september 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 og med 30. september 2014 til og med 29. september 2015.

Dokumentasjonen i saken viser at A har arbeidet 420,5 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. As merarbeid på 420,5 timer tilsvarer derfor en stillingsprosent på 25,20.

Unigheten mellom partene 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 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 kommet til at kravet til jevnlig merarbeid utover avtalt arbeidstid er oppfylt. Merarbeidet i denne saken går etter nemndas oppfatning utover det sporadiske. Selv om det har visse svingninger i intensiteten i beregningsperioden, har ekstraarbeidet vært tilstrekkelig jevnt fordelt utover året. Nemnda viser til at A har hatt ekstravakter i hver måned i beregningsperioden bortsett fra april hvor hun tok ut ferie. Det er et opphold på 3 uker, samt ett opphold på 5,5 uker hvor arbeidstaker var syk 1,5 uke. Det foreligger ikke opphold av en slik varighet og karakter i opptjeningsperioden at den totale jevnligheten avbrytes. Slik nemnda ser det har As merarbeid i det øvrige av opptjeningsperioden vært så stabilt at det er grunnlag for å konkludere med at ekstraarbeidet er uttrykk for et jevnlig behov hos arbeidsgiver. Merarbeidet fremstår dermed etter en helhetsvurdering som en etablert praksis som oppfylder lovens krav.

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 (Prop. 83 L for 2012-2013) s. 78 at en slik metode ikke skal følges slavisk, og det hitsettes: «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.

Dokumentasjonen i saken viser at det i opptjeningsperioden har vært til dels store variasjoner i mengden merarbeid. Selv om merarbeidet etter en totalvurdering framstår som jevnt fordelt utover året, viser timelistene at det i oktober 2014 og februar og mai 2015 ble utført en betydelig høyere andel merarbeid, enn i de øvrige månedene. Nemnda finner følgelig at merarbeidet A har utført i denne perioden ikke kan gi full uttelling i beregningen. Etter en skjønnsmessig vurdering basert på de ovennevnte momenter, fastsetter nemnda derfor at merarbeidet gir arbeidstaker rett til økning av sin stilling tilsvarende en stillingsprosent på 23 prosent.

Konklusjon

A har rett til økning av sin stilling med en stillingsprosent på 23 prosent.

Tvisteløsningsnemnda

Sigrun Sagedahl
nestleder

Oslo, 03.02.2017

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).