

VEDTAK NR 106/16 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Twisteløsningsnemnda avholdt møte mandag 7. desember 2015.

Ved behandlingen av saken var tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Henning Harborg, leder
Silje Hassellund Solberg, LO
Elisabeth Lea Strøm, NHO

Særskilt oppnevnte medlemmer

Arne Løseth, Fagforbundet
Mårten Brandsnes Faret, 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 ansatt i stilling på 14,75 prosent som hjelpepleier ved X bo- og aktivitetstilbud i B kommune. Stillingen innebærer arbeid hver tredje helg. Hovedtillitsvalgt fra Fagforbundet fremmet krav på vegne av A om økt stillingsstørrelse til 44,75 prosent i henhold til arbeidsmiljøloven § 14-4 a i brev av 22. januar 2015.

Arbeidsgiver opplyser i avslaget datert 12. februar 2015, at A har arbeidet 437 timer utover sin faste stilling, men at 126 timer kan trekkes fra fordi dette er innleie på bakgrunn av andres ferieavvikling. Imidlertid mente arbeidsgiver at arbeidet ikke er utført jevnlig og avslo derfor søknaden.

Full stilling utgjør 1846 timer per år. Dagarbeid har et årstimetall på 1950 timer. A har hatt 11 dagvakter ekstraarbeid i perioden. Hun har også jobbet både ved X og Y bo- og aktivitetstilbud.

Saken ble brakt inn for tvisteløsningsnemnda ved brev av 26. februar 2015. Brevet var poststempelt 2. mars 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. februar 2015

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev av 30. april 2015
- e-post av 1. desember 2015

Arbeidstakers anførsler

A anfører at de 126 timene A har arbeidet i forbindelse med ferieavvikling ikke skal trekkes fra da dette ikke er å regne som et ferievikariat, men som enkeltstående vakter hun har tatt på seg i sommerperioden.

Det anføres videre at merarbeidet må anses som jevnt. A har tatt de vaktene arbeidsgiver har tilbudt, og omfanget på 437 timer tilsier at det er et visst omfang.

Arbeidsgivers anførsler

B kommune anfører at merarbeidet har variert mye, fra en vakt i måneden til åtte vakter per måned, og at to måneder er helt uten ekstravakter når ferievikariat er trukket fra.

Arbeidsgiver opplyser også om at A har hatt 11 vakter med dagarbeid hvor uketimetallet er 37,5.

Arbeidsgiver anfører videre at behovet for merarbeid ikke lenger eksisterer grunnet redusert bemanning med to vakter per uke fra 8. juni 2015.

Tvistløsningsnemndas merknader

Tvist mellom arbeidsgiver og arbeidstaker om rett til stilling for deltidsansatte tilsvarende faktisk arbeidstid kan bringes inn for tvistløsningsnemnda, 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 merarbeid ikke lenger foreligger. Tolv månedersperioden skal beregnes med utgangspunkt i det tidspunkt arbeidstaker fremmet sitt krav.

Det fremkommer av forarbeidene at ekstraarbeidets hyppighet, omfang og stabilitet vil være sentrale momenter i vurderingen av om merarbeid er utført jevnlig. Verken «hyppighet», «omfang» eller «stabilitet» er i seg selv særlig presise begreper, og gir ikke klare anvisninger på hvor grensen skal gå. Samlet sett tilsier forarbeidene, etter nemndas oppfatning, at terskelen for krav på økt stilling etter § 14-4 a ikke er særlig høy. 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.

Det understrekes likevel at det skal gjøres en helhetsvurdering, og at det må være en viss relativitet mellom de tre momentene. At det har gått lengre perioder uten noe ekstraarbeid, vil lett frata merarbeidet preget av etablert praksis. Dette gjelder imidlertid ikke uten videre. 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 samme gjelder i perioder der den deltidsansatte har tett arbeidsprogram i sin ordinære stilling. Også arbeidsgivers totale bruk av merarbeid i perioden, vil kunne være relevant. Det vises for øvrig til nemndas vedtak 20/16 for en nærmere beskrivelse av nemndas forståelse av jevnlighetskriteriet.

Med denne forståelsen 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 var visse svingninger i intensiteten i opptjeningsperioden, har ekstraarbeidet vært tilstrekkelig jevnt fordelt utover året. Hun har jobbet mellom 2 og 14 vakter hver måned med unntak av januar 2014 og januar 2015, og merarbeidet fremstår etter en helhetsvurdering som en etablert praksis og et uttrykk for et stabilt og varig behov hos arbeidsgiver.

Departementets opprinnelige forslag om at man skulle beregne den deltidsansattes gjennomsnittlige arbeidstid i tolv månedersperioden, ble forlatt etter høringsrunder, og det heter i forarbeidene at det bør «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 perioder med svært mye 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. Nemnda kan imidlertid ikke se at det er grunnlag for å trekke ut ferievaktene A har hatt i perioden. Dette dreier seg om enkeltvakter, ikke et samlet ferievikariat som utgjør noen uforholdsmessig topp i ekstraarbeidet.

Det følger da av bestemmelsen at arbeidstaker har rett til stilling tilsvarende faktisk arbeidstid i tolv månedsperioden. A fremsatte sitt krav for arbeidsgiver 22. januar 2015, og den relevante perioden i denne saken er derved fra 22. januar 2014 til 21. januar 2015. Arbeidsgiver har opplyst at A har arbeidet 437 timer utover avtalt arbeidstid i den perioden, og nemnda har ikke grunn til å fravike denne opplysningen.

Nemnda finner det ikke dokumentert at behovet for merarbeid har bortfalt.

Opptjent stillingsøkning må etter nemndas oppfatning beregnes med utgangspunkt i brutto årstimetall i full stilling fratrukket ferie, i dette tilfellet 1668,5 timer. As ekstraarbeid tilsvarer derfor en stillingsprosent på 26,19. A har dermed krav på en total stillingsprosent på 40,94.

Konklusjon

A har rett til økning av sin stilling med en stillingsprosent på 26,19.

Tvisteløsningsnemnda

Henning Harborg
leder

Oslo, 06.09.2016

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).