

VEDTAK NR 83/17 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Twisteløsningsnemnda avholdt møte tirsdag 21. mars 2017.

Ved behandlingen av saken var tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Steffen G. Rogstad, nestleder
Gry Brandshaug Dale, KS
Tore Trygve Dahlstrøm, Unio

Saken gjelder

Twist om rett til stilling for deltidsansatte tilsvarende faktisk arbeidstid etter arbeidsmiljøloven § 14-4 a

Arbeidstaker

A

Arbeidsgiver

B

Det ble truffet slikt vedtak:

Saksforhold

A er fast ansatt som helsefagarbeider i stilling på 60 prosent ved avdeling Infeksjonsmedisin ved B. Hun har også hatt et ferievikariat på 40 prosent i perioden fra 8. juni 2015 til 31. august 2015.

Den 1. april 2016 fremsatte A krav om stillingsutvidelse til 75 prosent på grunnlag av utført merarbeid de siste 12 måneder, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Arbeidsgiver avsto søknaden i brev datert 3. mai 2016. Avslaget var begrunnet med at merarbeidet ikke var utført jevnlig i den aktuelle perioden.

Timeoversikt forelagt nemnda viser at A har arbeidet 376,5 timer utover avtalt arbeidstid i perioden 1. april 2015 til 31. mars 2016. Full stilling utgjør 1846 timer per år.

Saken ble brakt inn for tvisteløsningsnemnda ved brev av 26. mai 2016. 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. mai 2016
- brev av 23. september 2016
- e-post av 6. mars 2017

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev av 29. august 2016

Arbeidstakers anførsler

A anfører i det vesentligste:

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

Arbeidsgivers anførsler

B anfører i det vesentligste:

Lovens vilkår om «jevnlig» utførelse av merarbeid er ikke oppfylt, da hun har hatt et ferievikariat fra 8. juni 2015 til 31. august 2015.

Behovet er bortfalt for merarbeidet som er utført i forbindelse med langtidssykemeldte medarbeidere, da disse er tilbake i arbeid igjen, og dette gjenspeiler ikke seksjonens behov.

Merarbeid som er utført på andre seksjoner enn der arbeidstaker har sin faste ansettelse, kan ikke tas med i beregningen av kravet.

Videre er det utført merarbeid i forbindelse med omstilling, som heller ikke er en del av sykehusets ordinære drifts- og bemanningsplaner eller behov, og kan således ikke komme til anvendelse for kravet etter § 14-4 a.

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).

I henhold til forskrift om tvisteløsningsnemnd etter arbeidsmiljøloven § 2 settes nemnda med leder / 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.

Arbeidstaker fremsatte sitt krav for arbeidsgiver 1. april 2016. 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 1. april 2015 til og med 31. mars 2016.

Uenigheten 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. Videre har arbeidsgiver anført at behovet for merarbeid er bortfalt.

Arbeidsgiver har også anført at merarbeid utført på andre seksjoner skal holdes utenfor vurderingen av kravet etter § 14-4 a. Partene er enige om at B er arbeidsgiver for alt merarbeidet og at merarbeidet er utført i samme virksomhet. Problemstillingen er berørt i bestemmelsens forarbeider (Prop. 83 L for 2012-2013) pkt. 4.4.4.6, hvor det forutsetningsvis fremkommer at arbeidstaker har sitt krav i behold også der merarbeidet er utført på forskjellige arbeidssteder/avdelinger i virksomheten.

Nemnda legger derfor til grunn at As merarbeid ved de ulike seksjonene ikke i seg selv utelukker en rett til stillingsutvidelse dersom de øvrige vilkårene er oppfylt. Nemnda understreker imidlertid at arbeidstaker i slike tilfeller må akseptere at en rett til stillingsutvidelse kun gir rett til arbeid i tilsvarende grad på de ulike avdelingene/enhetene hvor merarbeidet er utført.

Nemnda vil først ta stilling til jevnlighetsvilkåret.

Nemnda viser til at det fremkommer av bestemmelsens forarbeider (Prop. 83 L for 2012-2013) 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 beregningsperioden, 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 beregningsperioden 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.

Dokumentasjonen som er forelagt nemnda viser at A har arbeidet 376,5 timer utover sin faste stilling og avtalt vikariat i beregningsperioden. 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. Etter fradrag for fem ukers ferie blir utgangspunktet for nemndas beregning av opptjent stillingsøkning et årstimetall på 1668,5 timer. As merarbeid på 376,5 timer tilsvarer derfor en stillingsprosent på 22,56.

Nemnda har etter en konkret skjønnsmessig vurdering kommet til at merarbeidet er utført jevnlig i lovens forstand. 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 hver måned i beregningsperioden, utenom juli. Dette skyldes egen ferie kombinert med vikariatet på 40 prosent i tillegg til den faste stillingen. Nemnda kan ikke se at dette oppholdet er tilstrekkelig til å konkludere med at ekstraarbeidet ikke har hatt tilstrekkelig omfang, hyppighet og stabilitet i tolv månedersperioden. Merarbeidet fremstår dermed etter en helhetsvurdering som en etablert praksis som oppfyller lovens krav.

Videre har arbeidsgiver anført at behovet for merarbeid er bortfalt, da det ble utført i forbindelse med langtidssykemeldte medarbeidere og en flytte/omstillingsprosess.

Nemnda har i sak 129/16 gitt en utførlig redegjørelse for sitt syn på unntaksbestemmelsen i § 14-4 a. I vedtaket legger nemnda til grunn at det avgjørende vil være om arbeidsgiver kan dokumentere at behovet for merarbeid var bortfalt på det tidspunktet arbeidsgiver tok stilling til arbeidstakers krav eller at en sannsynlig utvikling i nær fremtid vil kunne ha samme virkning. Nemnda må derfor ta stilling til hvorvidt arbeidsgiver i tilstrekkelig grad har dokumentert at behovet for As merarbeid var bortfalt på avslagstidspunktet eller at det var sannsynlig at behovet ville bortfalle i nær fremtid.

Hva som skal til for at behovet for merarbeid ikke lenger anses å foreligge, er ikke nærmere definert i loven. I bestemmelsens forarbeider, Prop. 83 L (2012-2013) punkt 4.4.4.5, uttaler departementet blant annet at:

«..Det kan og tenkes at virksomheten kan begrunne et mindre behov for merarbeid framover med at det i mellomtiden har vært nødvendig med nedbemanning, eventuelt at nedbemanning eller permitteringer er sannsynlig i nær fremtid. (...) Departementet finner det ikke hensiktsmessig å fastsette konkrete krav til hvilken dokumentasjon som arbeidsgiver må legge fram. Arbeidsgiver vil i praksis måtte fremlegge informasjon som gjør det mulig for arbeidstaker og eventuelt Tvisteløsningsnemnda å etterprøve. Det avgjørende vil være hvorvidt og i hvilken grad arbeidsgiver kan sannsynliggjøre at virksomheten ikke lenger har behov for merarbeidet i tiden framover.»

Etter en konkret helhetsvurdering har nemnda kommet til at arbeidsgiver ikke i tilstrekkelig grad har dokumentert bortfall av behovet for merarbeid selv om nemnda legger til grunn at

behovet vil bli noe redusert i fremtiden. På bakgrunn av dette fastsetter nemnda økningen av stillingsprosent skjønnsmessig til 20 prosent.

Konklusjon

A har rett til økning av sin stilling med en stillingsprosent skjønnsmessig fastsatt til 20 prosent.

Tvisteløsningsnemnda

Steffen G. Rogstad
nestleder

Oslo, 22.03.2017

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).