

VEDTAK NR 213/17 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Tvisteløsningsnemnda avholdt møte torsdag 19. oktober 2017.

Ved behandlingen av saken var tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Anne Marie Due, leder
Tore Trygve Dahlstrøm, Unio
Per H. Engeland, Virke

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 kokk med fagbrev i stilling på 50 prosent i B kommune. Arbeidsstedet er for tiden B sykehjem.

Den 18. januar 2017 fremsatte A krav om stillingsutvidelse på grunnlag av utført merarbeid de siste 12 måneder, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Kravet ble avslått i brev datert 27. mars 2017, journalført som utgående post 10. april 2017. A skal imidlertid ikke ha mottatt brevet før den 18. mai 2017.

Saken ble brakt inn for tvisteløsningsnemnda ved e-post av 13. juni 2017. Overfor nemnda har begge parter fått anledning til å komme med utfyllende merknader i saken.

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidstaker:

- e-post av 13. juni 2017
- e-post av 9. august 2017

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev datert 14. juli 2017
- e-post av 18. oktober 2017

Arbeidstakers anførsler

A anfører i det vesentligste:

Hun har jevnlig arbeidet utover avtalt arbeidstid i beregningsperioden. Arbeidsgivers har fortsatt behov for hennes merarbeid.

Arbeidsgivers anførsler

B kommune anfører i det vesentligste:

Merarbeidet er ikke jevnlig utført i beregningsperioden.

En stor del av merarbeidet skyldes oppdekking av vakter ved andre arbeidstakers ferieavvikling. Slike ferievikarvakter er det behov for årlig, men ikke fast gjennom året. Disse skal derfor ikke tas med i jevnlighetsvurderingen.

Videre er 37 av merarbeidstimene i perioden relatert til vakter for kjøkkensjef. Dette merarbeidet ble utført i forbindelse med at kjøkkensjefen utførte andre pålagte oppgaver. Hans stilling er nå under endring, og det er opprettet vikariater for kjøkkensjefens planlagte fraværstimer. Behovet for denne delen av merarbeidet er således bortfalt.

Endelig bemerkes at sykefraværet ved avdelingen var uvanlig høyt i den aktuelle perioden, omlag 10 prosent av timetallet i årsturnusen. Siden januar 2017 har sykefraværet ved avdelingen vært på omlag 2 prosent, altså betydelig lavere.

Tvisteløsningsnemndas 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). I henhold til forskrift om tvisteløsningsnemnd etter arbeidsmiljøloven § 2 settes nemnda med leder og to faste medlemmer.

Frist for å bringe saken inn for tvisteløsningsnemnda er senest fire uker etter at arbeidsgivers skriftlige avslag er kommet frem til arbeidstaker, jf. forskrift om tvisteløsningsnemnd etter arbeidsmiljøloven § 4 første ledd.

I herværende sak er arbeidsgivers skriftlige avslag datert 27. mars 2017 og journalført i kommunens postsystem 10. april. Arbeidstaker anfører på sin side at hun fikk utlevert brevet av sin nærmeste overordnede først 18. mai 2017. Arbeidsgiver har ikke imøtegått dette. Slik saken er opplyst legger nemnda derfor til grunn at arbeidsgivers skriftlige avslag kom frem til arbeidstaker først 18. mai 2017. Saken ble fremmet for tvisteløsningsnemnda ved e-post av 13. juni 2017, og anses således rettidig fremmet.

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 18. januar 2017. 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 18. januar 2016 til og med 17. januar 2017.

Dokumentasjonen som er forelagt nemnda viser at A har arbeidet 366,25 timer utover sin faste stilling i beregningsperioden.

Uenigheten mellom partene i denne saken omhandler hvilke vakter som skal inngå i beregningsgrunnlaget, om merarbeidet er jevnlig utført samt hvorvidt deler av merarbeidet ikke lenger forelå på tidspunktet for arbeidsgivers avslag.

Nemnda vil først ta stilling til hvilke vakter som skal inngå i beregningsgrunnlaget.

Arbeidsgiver har opplyst at A ikke har arbeidet i avtalte vikariater i den aktuelle tolv månedersperioden, men har likevel anført at merarbeid som skyldes andre arbeidstakers ferieavvikling ikke skal medregnes. Nemnda viser her til bestemmelsens forarbeider (Prop. 83 L for 2012-2013, pkt. 4.4.4.2), hvor det fremkommer at § 14-4 a tar sikte på å omfatte jevnlig ekstraarbeid utover den stillingsandel den deltidsansatte formelt har. Etter nemndas oppfatning vil derfor alt arbeid utover den faste stillingsandelen som utgangspunkt anses som «arbeid utover avtalt arbeidstid». Forarbeidene avgrenser imidlertid kriteriets anvendelsesområde 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».

I herværende sak har arbeidsgiver imidlertid ikke fremlagt noen arbeidsavtale som viser at det ble avtalt ferievikariat, og ferievaktene er dessuten jevnt spredt utover tolv månedersperioden.

Nemnda kan derfor ikke legge til grunn at dette er vakter som i sin helhet skal holdes utenfor ved beregningen av om merarbeidet er utført jevnlig.

Problemstillingen nemnda da må vurdere, er 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 2012-2013) 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.

Etter nemndas forståelse av jevnlighetskriteriet, har A ikke krav på utvidet stilling. Det er i vurderingen blant annet lagt vekt på at det i beregningsperioden er flere lengre opphold på mellom fire og seks uker uten noe merarbeid. Selv om det er tatt hensyn til ferie og annet fravær, har merarbeidet etter nemndas oppfatning ikke hatt tilstrekkelig omfang, hyppighet og stabilitet til at nemnda kan konkludere med at merarbeidet er uttrykk for et stabilt og varig behov hos arbeidsgiver.

Nemnda finner etter en helhetsvurdering at merarbeidet ikke fremstår som en etablert praksis som oppfylder lovens krav, og har etter dette kommet til at A ikke fyller kravene i arbeidsmiljøloven § 14-4 a. I lys av dette trenger nemnda ikke ta stilling til hvorvidt deler av behovet for As merarbeid ikke lenger foreligger.

Konklusjon

Arbeidstaker gis ikke medhold

Tvisteløsningsnemnda

Anne Marie Due
leder

20.10.2017

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).