

VEDTAK NR 157/16 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Twisteløsningsnemnda avholdt møte tirsdag 10. mai 2016.

Ved behandlingen av saken var tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

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

Særskilt oppnevnte medlemmer

Hallfrid Kristoffersen, Fagforbundet
Karin Erlimo, OUS

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 hjelpepleier i stilling på 81 prosent ved Divisjon Psykisk helsevern ved B. På kravtidspunktet var hun ansatt i stilling på 75 prosent.

Ved e-post av 6. februar 2015 fremsatte tillitsvalgt fra Fagforbundet krav om økt stilling for A på grunnlag av utført merarbeid de siste tolv måneder, jf. arbeidsmiljøloven §14-4 a.

Arbeidsgiver innvilget kravet i møte 30. april 2015 og tilbød en stillingsutvidelse på 6 prosent. Disse timene ble lagt i en «timebank» og skal benyttes som tilkallingsvakter.

Dokumentasjonen arbeidsgiver har lagt frem for nemnda viser at A har arbeidet 138,75 timer utover avtalt arbeidstid i perioden fra og med 6. februar 2014 til og med 5. februar 2015.

Full stilling utgjør 1846 timer per år. Etter fradrag for ferie utgjør full stilling et årstimetall på 1668,5 timer.

Saken ble brakt inn for tvisteløsningsnemnda ved brev datert 29. mai 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 29. mai 2015
- brev mottatt 7. desember 2015

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev av 4. november 2015
- brev av 24. april 2016

Arbeidstakers anførsler

A anfører i det vesentligste:

Hun er ikke enig i arbeidsgivers praksis om at det jevnliggjennomsnittet av merarbeidstimene blir lagt til grunn i utmålingen av stillingsprosent. Det gjøres krav på stillingsutvidelse tilsvarende faktisk arbeidstid i kravperioden. Arbeidstaker er ikke enig med arbeidsgivers ordning om at utvidelsen skal benyttes som tid i en timebank, og som tilkallingsvakter.

Arbeidsgivers anførsler

B anfører i det vesentligste:

Arbeidsgiver har ved vurderingen av merarbeidet og beregning av stillingsprosent ikke tatt hensyn til arbeidstopper, men erstattet merarbeidet de månedene med det gjennomsnittlige månedlige timetallet, og overtid er ikke tatt med i beregningsgrunnlaget. Videre anføres det at stillingsutvidelsen skal tilsvare slik merarbeidet ble utført i kravperioden. I dette tilfellet ble

merarbeidet utført som tilkallingsvakter, og arbeidsgiver har da anledning til å benytte timebank på stillingsutvidelsen. Det er blitt utarbeidet retningslinjer ved bruk av timebank for en fast stillingsutvidelse, noe som blant annet innebærer en varslingsfrist på 4 dager.

Tvisteløsningsnemndas 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).

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.

Tillitsvalgte i Fagforbundet fremsatte krav for arbeidsgiver på vegne av A i e-post av 6. februar 2015. Nemnda legger til grunn at siste dag i tolv månedersperioden er dagen forut for at kravet ble fremmet for arbeidsgiver. Den relevante perioden i denne saken er derved fra og med 6. februar 2014 til og med 5. februar 2015.

På grunnlag av dokumentene i saken legger nemnda til grunn at A i denne perioden har arbeidet til sammen 138,75 timer utover avtalt arbeidstid. 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. Det utførte merarbeidet på 138,75 timer tilsvarer således en stillingsprosent på 8,31.

Arbeidsgiver har i denne saken delvis innfridd arbeidstakers krav om større stilling, og det er ikke anført at merarbeidet ikke er utført jevnlig eller at behovet har bortfalt. Nemnda finner heller ikke grunnlag for å overprøve disse vurderingene, og legger derfor til grunn at vilkårene for utvidet stilling er oppfylt. Tvisten gjelder imidlertid hvordan stillingsstørrelsen skal beregnes, herunder om overtid skal medregnes og hvorvidt det totale timetallet skal reduseres på grunn av såkalte sesongtopper. Arbeidstaker ønsker videre at nemnda tar stilling til hvordan vaktene i den økte stillingsstørrelsen skal gjennomføres.

Til anførselen om at overtid ikke skal medregnes viser nemnda til departementets uttalelse i Prop. 83 L (2012-2013) punkt 4.4.4.2:

«Det bestemmelsen tar sikte på å omfatte, er jevnlig ekstraarbeid utover den stillingsandel den deltidsansatte formelt har. Den typiske situasjonen vil være der arbeidstaker arbeider «ekstravakter» utover avtalen, eller av andre grunner arbeider «overtid» i sin deltidsstilling, såkalt merarbeid. Årsaken til ekstraarbeidet er for så vidt uten betydning. Bestemmelsen skal derfor gjelde uavhengig av om det er økt arbeidsmengde, sykefravær eller andre forhold som begrunner behovet.»

Nemnda viser videre til at bestemmelsens begrep «arbeid utover avtalt arbeidstid» også er benyttet i arbeidsmiljøloven § 10-6 om overtid, og finner ingen holdepunkter for at det skal

tillegges et annet meningsinnhold her. Nemnda utelukker ikke at behovet for merarbeid i særskilte overtidstilfeller kan anses å ha bortfalt, men det må i tilfelle dokumenteres av arbeidsgiver. Det er ikke gjort her, og de angitte overtidstimene må derfor tas med i beregningsgrunnlaget når ny stillingsstørrelse skal fastsettes.

Arbeidsgiver anfører videre at de ved vurderingen av merarbeidet har holdt arbeidstopper utenfor og erstattet dette med det gjennomsnittlige tallet. Nemnda bemerker til dette at departementet i Prop. 83 L 82012-2013) punkt 4.4.4.4. ga følgende eksempel på tilfeller hvor merarbeidet bare utøves rent sporadisk og dermed ikke kan anses som «jevnlign» i lovens forstand:

Dersom en arbeidstaker for eksempel tar ekstravakter bare i forbindelse med arbeidstopper, ved ferieavvikling eller i forbindelse med typiske sesongsvingninger, vil dette ikke være tilstrekkelig.

Dette er altså et eksempel på tilfeller hvor jevnlighetskriteriet ikke er oppfylt, og anses etter nemndas mening ikke som en veiledning om at alle arbeidstopper skal kuttes ved beregningen av stillingsøkning etter arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Nemnda kan ikke se at det i denne saken har vært noen utpregede toppe eller svingninger som skal gå til fradrag ved beregningen av As krav.

Til arbeidstakers anførsel om bruk av timebank og hvordan vaktene i den økte stillingsstørrelsen skal gjennomføres, bemerker nemnda at det ligger utenfor dens mandat å fastsette det nærmere innholdet i den utvidete stillingen. Det bemerkes imidlertid at arbeidstidsordningen ikke må stride mot arbeidsmiljølovens regler. Det vises også til Prop.83 L (2012-2013) pkt. 6.1 femte avsnitt, hvor det fremgår at:

Når det gjelder det nærmere innholdet i stillingen, slik som plassering av arbeidstid og arbeidssted, skal dette tilsvare innholdet i det merarbeid vedkommende faktisk har utført i den aktuelle perioden. I dette ligger at den deltidsansatte ikke selv kan velge hvilket sted eller avdeling hun eller han skal utføre arbeidet. Dersom merarbeidet har vært utført på et eller flere andre steder/avdelinger enn der arbeidstaker har sitt hovedarbeidssted, må den deltidsansatte akseptere at arbeidsgiver fortsatt velger å bruke vedkommende på forskjellige steder/avdelinger i virksomheten. Det betyr også at arbeidstaker må akseptere samme omfang av ubekvemme vakter som i merarbeidet, dersom arbeidsgiver ønsker dette.

Konklusjon:

A har etter arbeidsmiljøloven § 14-4 a rett til økning av sin stilling med en stillingsprosent på 8,31.

Tvisteløsningsnemnda

Henning Harborg
leder

Oslo, 31.10.2016

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).