

VEDTAK NR 55/16 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Twisteløsningsnemnda avholdt møte 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

Liv Håkonsen, Delta
Gry Brandshaug Dale, 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 fast ansatt som hjelpepleier ved pleie- og omsorgstjenesten i B kommune. A hadde opprinnelig en stilling på 65,73 prosent og fikk tilbud om utvidet fast stilling i pleie og omsorg, hjemmesykepleien med 13,15 prosent fra og med 1. juni 2015.

Den 18. mars 2015 fremsatte A krav om utvidelse til 100 prosent stilling på grunnlag av utført merarbeid de siste 12 måneder, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

B kommune avslo kravet i brev av 15. april 2015. Avslaget var begrunnet med at merarbeidet ikke var utført jevnlig og at behovet for merarbeid var bortfalt.

Dokumentasjonen arbeidsgiver har fremlagt for nemnda viser at A har arbeidet 635,25 timer utover sin faste stilling i perioden 18. mars 2014 til 17. mars 2015.

Full stilling som hjelpepleier utgjør 1846 timer per år. Fratrukket 5 uker ferie utgjør dette 1668,5 timer per år.

A har hatt følgende midlertidige vikariater i tillegg til sin faste stilling i perioden:

- 01.02.2014 - 31.08.2014 3,52 prosent
- 01.02.2014 - 31.10.2014 13,15 prosent
- 01.11.2014 - 20.04.2015 24,41 prosent

Saken ble brakt inn for tvisteløsningsnemnda ved brev av 4. mai 2015 fra X, Delta, på vegne av A.

Overfor nemnda har begge parter fått anledning til å komme med utfyllende merknader i saken.

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidstaker:

- brev av 4. mai 2015
- brev av 28. mai 2015
- e-post av 20. august 2015

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev av 1. juni 2015
- e-post av 26. april 2016
- e-post av 28. april 2016
- to e-poster av 29. april 2016
- e-post av 2. mai 2016
- e-post av 3. mai 2016
- e-post av 9. mai 2016

Arbeidstakers anførsler

A anfører i det vesentligste at arbeid for å dekke sykevikariat må regnes som arbeid utover avtalt arbeidstid, selv om arbeidsgiver har valgt å formalisere dette gjennom midlertidige arbeidsavtaler. Videre anfører A at merarbeidet har vært jevnlig og at arbeidsgiver ikke i tilstrekkelig grad har dokumentert at behovet for merarbeid har bortfalt.

Arbeidsgivers anførsler

B kommune anfører i det vesentligste at deler av merarbeidet er basert på lovlige inngåtte midlertidige arbeidsavtaler og derav faller utenfor bestemmelsen og forutsetningen om at det skal være arbeid «utover avtalt arbeidstid». Videre anføres det at kriteriet om «jevnlig» merarbeid ikke er oppfylt da merarbeidet ikke har vært stabilt nok og ikke fremstår som en etablert praksis. Det har vært flere uker i løpet av året uten ekstravakter. I tillegg er mange vakter i hovedsak vært knyttet til ferier/sesongtopper og at dette må trekkes ut av beregningen. Arbeidsgiver anfører også at merarbeidstimer der arbeidstaker har vært sykemeldt skal trekkes ut. Tilslutt anføres det at vikarbehovet fremover ikke vil være av samme omfang fordi de A primært har vikariert for er tilbake. Kommunen er også i en krevende økonomisk situasjon og har derfor ikke anledning til å øke stilling utover det de har hjemmel til.

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).

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.

Det uttales i bestemmelsens forarbeider (Prop. 83 L for 2012-2013) pkt. 6.1:

I følge lovteksten er det «arbeid utover avtalt arbeidstid» som utløser retten til stilling tilsvarende faktisk arbeidstid. Den typiske situasjonen vil være der arbeidstaker arbeider «ekstravakter» utover avtalen, eller av andre grunner arbeider «overtid» i sin deltidsstilling; såkalt merarbeid. Bestemmelsen skal gjelde uavhengig av om det er økt arbeidsmengde, sykefravær eller andre forhold som begrunner behovet. Bestemmelsen avgrenses mot situasjoner hvor det er avtalt en utvidelse av stillingen i form av en midlertidig ansettelseskontrakt. Et eksempel kan være en deltidsarbeidende i 50 % stilling som for en periode dessuten er ansatt i et vikariat i 50 % for en kollega som er i foreldrepermisjon. I et slikt tilfelle vil arbeidstaker (for en tid) ha avtalt arbeidstid tilsvarende full stilling; tilleggsstillingen kan således ikke anses som «arbeid utover avtalt arbeidstid.»

Arbeidstakers ulike avtalte midlertidige vikariater i kravperioden faller utenfor bestemmelsens anvendelsesområde, da det ikke er arbeid utover «avtalt arbeidstid».

A fremsatte sitt krav for arbeidsgiver ved brev av 18. mars 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 dermed fra 18. mars 2014 til 17. mars 2015. Dokumentasjonen som er forelagt nemnda viser at A har arbeidet 639,25 timer utover sin faste stilling og avtalte vikariater i beregningsperioden. Arbeidsgiver har avslått arbeidstakers krav etter 14-4 a og begrunnet dette med at merarbeidet ikke oppfyller lovens vilkår om at det skal være jevnlig utført, samt at behovet for merarbeid har bortfalt.

Vilkåret om at merarbeidet skal være utført jevnlig 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 arbeidstaker har ferie, eller av andre grunner etter en konkret vurdering ikke kan utføre merarbeid, 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. For øvrig vises det til vedtak 20/16, hvor henholdsvis nemndas flertall og mindretall har gitt en utførlig beskrivelse av sitt syn på forståelsen av jevnlighetskriteriet i arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Nemnda har etter en konkret helhetsvurdering kommet frem til at merarbeidet er utført jevnlig i lovens forstand. Merarbeidet i saken er jevnt fordelt utover året, selv om det er svingninger i intensiteten. A har hatt ekstravakter hver måned, og der det har vært lengre opphold har hun hatt ferie eller vært syk i helt korte perioder. Merarbeidet anses å hatt tilstrekkelig omfang, hyppighet og stabilitet i tolv månedersperioden og fremstår dermed som en etablert praksis som oppfyller lovens krav. A fyller kravene i § 14-4 a.

Dokumentasjon i saken viser at A har arbeidet betydelig mer utover avtalt arbeidstid i juli, august og desember enn de andre månedene i beregningsperioden. Nemnda viser til det som er sagt i vedtak 20/16 om 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". Ny stillingsprosent må derfor fastsettes skjønnsmessig. I tillegg har arbeidstaker tatt ekstravakter som sykepleier i Z, disse ekstravaktene kan ikke gis uttelling til utvidet stilling ettersom arbeidstaker ikke er kvalifisert til en sykepleierstilling.

Etter en skjønnsmessig vurdering basert på de ovennevnte momenter, finner nemnda at arbeidstaker allerede har fått utvidet sin stilling med det hun har krav på etter arbeidsmiljøloven § 14-4 a ved hennes økning av stilling med 13,15 prosent.

Nemnda finner etter dette ikke grunn til å ta stilling til hvorvidt behovet for merarbeid har bortfalt, ettersom nemnda har kommet til at arbeidstaker har krav på samme stillingsutvidelse som hun allerede har fått tilbud om fra arbeidsgiver.

Konklusjon

Arbeidstaker gis ikke medhold.

Tvisteløsningsnemnda

Henning Harborg
leder

Oslo, 08.06.2016

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).