

VEDTAK NR 39/16 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Twisteløsningsnemnda avholdt møte torsdag 27. april 2016.

Ved behandlingen av saken var tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Anne Marie Due (vara for Henning Harborg), leder
Lornts N. Nagelhus (vara for Silje Hassellund Solberg), LO
Silje S. Almestrand (vara for Elisabeth Lea Strøm), NHO

Særskilt oppnevnte medlemmer

Tore Dahlstrøm, NSF
Cecilie Sæther, KS

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 var i 2014 fast ansatt som sykepleier i stilling på 81,10 prosent ved X, B. Fra 1. februar 2015 ble hennes stilling utvidet til 85,88 prosent.

Den 5. 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 avslo kravet i brev av 21. april 2015. Avslaget var begrunnet med at merarbeidet ikke var utført jevnlig i den aktuelle perioden.

Dokumentasjonen arbeidsgiver har fremlagt for nemnda viser at A har arbeidet 164,25 timer utover sin faste stilling i perioden 5. mars 2014 til 4. mars 2015.

Full stilling utgjør 1747,2 timer per år.

Saken ble brakt inn for tvisteløsningsnemnda ved e-post av 17. mai 2015. 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 17. mai 2015
- e-post av 24. juni 2015
- e-post av 25. august 2015

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev av 25. juni 2015

Arbeidstakers anførsler

A anfører i det vesentligste at hun har rett til utvidet stilling tilsvarende antall utførte merarbeidstimer i den aktuelle perioden. Hennes turnusplan gjør at det i løpet av en turnusperiode på 9 uker bare er 3 av ukene hun kan utføre merarbeid uten å generere overtid. I hver turnusperiode er det 5 sammenhengende uker der hun ikke kan utføre merarbeid uten å generere overtid.

Arbeidsgivers anførsler

B anfører i det vesentligste:

Merarbeidet er ikke utført jevnlig i den aktuelle perioden. Det har blant annet vært en periode på 7 uker og to perioder på 5 uker der det ikke er utført merarbeid, uten at det er registrert ferie eller annet fravær.

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).

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.

Uenigheten mellom partene i denne saken gjelder hvorvidt merarbeidet har vært utført jevnlig i bestemmelsens forstand. Kriteriet byr på en konkret og skjønsmessig 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 2012-1013) 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 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 nemnda har gitt en utførlig beskrivelse av sitt syn på forståelsen av jevnlighetskriteriet i arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

A fremsatte sitt krav for arbeidsgiver 5. mars 2015. Etter § 14-4 a (1) annen setning skal tolvmånedersperioden beregnes med utgangspunkt i det tidspunkt arbeidstaker fremmet sitt krav. Nemnda legger til grunn at siste dag i tolvmånedersperioden er dagen forut for at arbeidstaker fremmet sitt krav for arbeidsgiver. Den relevante perioden i denne saken er dermed fra 5. mars 2014 til 4. mars 2015. Dokumentasjonen som er forelagt nemnda viser at A har arbeidet 164,25 timer utover avtalt arbeidstid 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 1747,2 timer per år med en ukentlig arbeidstid på 33,6 timer i snitt. Etter fradrag for fem ukers ferie blir utgangspunktet for nemndas beregning av opptjent stillingsøkning et årstimetall på 1579,2 timer. A sitt merarbeid på 164,25 timer tilsvarer derfor en stillingsprosent på 10,40.

I den konkrete vurderingen i denne saken har nemnda delt seg i et flertall og et mindretall. Nemndas flertall, Due, Almestrand og Sæther, har etter en konkret skjønsmessig vurdering kommet til at merarbeidet ikke er utført jevnlig i lovens forstand.

Merarbeidet i denne saken tilsvarer i overkant av 10 prosent stilling. Selv om arbeidstaker i denne saken i utgangspunktet er ansatt i en høy stillingsprosent, 81,10 og 85,88 i den siste måneden i beregningsperioden, så er det likevel et visst krav til at merarbeidet er forholdsvis jevnt spredt utover opptjeningsperioden. Det må imidlertid ses hen til årsaken 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.

Dokumentasjonen i saken viser at det i beregningsperioden er flere lengre opphold uten merarbeid. I perioden 16. mars til 20. april 2014 var det et opphold på fem uker, 12. juni til 6. august 2014 var det et opphold på 8 uker. I denne perioden avvirket arbeidstaker fire ukers ferie og hadde et sykefravær på 13 dager. I perioden 22. september til 31. oktober var det et opphold på i underkant av 6 uker. Arbeidstaker arbeidet 7,25 timer merarbeid 31. oktober og deretter var det igjen et ytterligere opphold på 6 uker i perioden 31. oktober til 12. desember 2014. Selv om deler av periodene uten merarbeid til en viss grad har sin årsak i at arbeidstaker har hatt et tett arbeidsprogram i sin ordinære stilling og har avvirket ferie, kan ikke nemndas flertall se at ekstraarbeidet har hatt tilstrekkelig omfang, hyppighet og stabilitet i tolv månedersperioden. Merarbeidet fremstår dermed etter en helhetsvurdering som for sporadisk og det kan ikke legges til grunn at det representerer en etablert praksis som fyller lovens krav.

Flertallet har etter dette kommet til at A ikke fyller kravene i arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Nemndas mindretall, Nagelhus og Dahlstrøm, har etter en konkret skjønnsmessig vurdering kommet til at merarbeidet er utført jevnlig i lovens forstand.

Mindretallet viser til at A er fast ansatt i en høy stillingsprosent og derved har et tett arbeidsprogram i sin ordinære stilling. I tillegg må det ses hen til at hun har avvirket ferie og har hatt et sykefravær. A har opplyst at hun er underlagt en turnus som innebærer at hun i løpet av hver turnusperiode på 9 uker kun kan ta ekstravakter i tre av ukene uten at merarbeidet utløser rett til overtid, noe arbeidsgiver i utgangspunktet ikke ønsker uten at det er nødvendig. A har likevel utført merarbeid hver måned i beregningsperioden, med unntak av juli og november. Oppholdet i juli har blant annet sin årsak i at hun avvirket ferie og hadde noe sykefravær. Slik mindretallet ser det har ekstraarbeidet derved hatt tilstrekkelig omfang, hyppighet og stabilitet i beregningsperioden og merarbeidet fremstår etter en helhetsvurdering som en etablert praksis som oppfyller lovens krav. Mindretallet har etter dette kommet til at A fyller kravene i § 14-4 a.

På grunn av flertallets konklusjon er det ikke nødvendig for mindretallet å ta stilling ny stillingsprosent.

Konklusjon

Arbeidstaker gis ikke medhold.

Tvisteløsningsnemnda

Anne Marie Due
leder

Oslo, 03.05.2016

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).