

VEDTAK NR 110/16 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Tvisteløsningsnemnda avholdt møte torsdag 8. september 2016.

Ved behandlingen av saken var tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Anne Marie Due (vara for Henning Harborg), leder
Silje Hassellund Solberg, LO
Silje Stadheim Almestrand (vara for Elisabeth Lea Strøm), NHO

Særskilt oppnevnte medlemmer

Mårten Brandsnes Faret, KS
Anne Kathrine Ellila, Fagforbundet

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 i 50 prosent stilling som hjelpepleier i B kommune.

Den 5. mars 2015 framsatte A krav om utvidet stilling på grunnlag av utført merarbeid de siste 12 måneder, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

B kommune avslo kravet i brev av 11. juni 2015. Avslaget ble begrunnet med at krav til jevnlig merarbeid ikke var oppfylt.

Dokumentasjon partene har fremlagt for nemnda viser at A har arbeidet 263 timer utover sin faste stilling i perioden 5. mars 2014 til 4. mars 2015. Det er opplyst at full stilling utgjør 1846 timer per år.

Saken ble brakt inn for tvisteløsningsnemnda ved brev av 30. juni 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 30. juni 2015
- brev av 31. august 2015
- brev av 2. mai 2016

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev av 28. august 2015
- brev av 6. oktober 2015

Arbeidstakers anførsler

A anfører i det vesentligste:

Hun har rett til utvidet stilling tilsvarende antall utførte merarbeidstimer i den aktuelle perioden. Perioder med manglende merarbeid skyldes andel ordinære vakter i fast stilling. Behovet for merarbeid er ikke endret ved enheten som følge av bystyrevedtak i kommunen.

Arbeidsgivers anførsler

B kommune anfører i det vesentligste:

Arbeidstaker har to lengre opphold i perioden med merarbeid og det viser at merarbeidet ikke har vært jevnlig. Periodene uten merarbeid er ikke knyttet til ferie, og utbetalinger for disse periodene er gjort i forbindelse med interne bytter av vakter hvor vaktene har blitt forlenget.

Behovet for merarbeid er videre endret ettersom kommunen har besluttet å legge ned en avdeling ved X omsorgssenter slik at de ansatte vil bli fordelt på kommunens øvrige enheter. Det samme vil gjelde for Y aldershjem som vil bli nedlagt i januar 2016. Omplussing av ansatte vil medføre at det vil være ca. 5 årsverk i overdekning ved X omsorgssenter som vil bli brukt i en vikarpool på enheten.

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).

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 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 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 2012-1013) 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. 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 5. mars 2014 til 4. mars 2015.

Dokumentasjonen som er forelagt nemnda viser at A har arbeidet 263 timer utover sin faste stilling 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 263 timer tilsvarer derfor en stillingsprosent på 15,76.

Nemnda har etter en konkret skjønnsmessig vurdering kommet til at merarbeidet ikke er utført jevnlig i lovens forstand.

Merarbeidet i denne saken tilsvarer i overkant av 15 prosent stilling. Arbeidstaker er i utgangspunktet ansatt i 50,0 prosent stilling. Selv med en stillingsprosent som ikke er særlig omfattende, viser dokumentasjonen i denne saken at merarbeidet er svært ujevnt fordelt i beregningsperioden, og varierer fra flere måneder uten merarbeid til måneder med syv vakter. Det er ikke utført noe merarbeid i juli og august. Det er videre kun registrert 6,5 timer merarbeid mellom 4. november 2015 og 10. januar 2016, hvor timene i all hovedsak skyldes forlengede vakter etter interne bytter.

Nemnda har lagt til grunn at det må ses hen til årsaken til at det ikke har vært arbeidet ekstra i perioden. I perioder der arbeidstakeren har ferie, kan det f.eks. ikke forventes merarbeid. Det vises til vedtak 20/16. Selv om en ser bort fra de ukene arbeidstaker avvirket ferie, kan ikke nemnda 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.

Nemnda har etter dette kommet til at A ikke fyller kravene i arbeidsmiljøloven § 14-4 a, og dermed ikke kan gis medhold i sitt krav om stilling tilsvarende faktisk arbeidstid.

Konklusjon

Arbeidstaker gis ikke medhold.

Tvisteløsningsnemnda

Anne Marie Due
leder

Oslo, 13.09.2016

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).