

VEDTAK NR 133/16 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Twisteløsningsnemnda 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

Rahman Mjaki, Ahus
Anne Kathrine Ellila, Fagforbundet

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:

A er fast ansatt i stilling på 60 prosent hos B. Full stilling utgjør 35,5 timer i uken.

Ved brev av 11. mai 2015 fremsatte tillitsvalgt fra Fagforbundet krav om økt stilling for A basert på 327 timer utført merarbeid de siste tolv måneder, jf. arbeidsmiljøloven §14-4 a.

Det ble avholdt et møte 9. september 2015, hvor arbeidsgiver tilbød en stillingsutvidelse på 9,77 prosent. Det ble tatt utgangspunkt i As merarbeid i perioden 1. mai 2014 til 30. april 2015. Det ble opplyst at arbeidsgiver hadde lagt til grunn det «jevnlige gjennomsnittet» i sin beregning av stillingsøkningen. Utvidelsen utgjør 163 arbeidstimer per år. Arbeidsgiver gjorde også rede for at de fortsatt ville bruke tilkalling selv om utvidelsen utgjør en fast del av stillingen. Det ville ikke være anledning til å takke nei til vakter som ble tildelt med minimum 4 dagers varsel. Det ble også forutsatt at arbeidstaker inngikk avtale om gjennomsnittsberegning av søndagsarbeid, siden det måtte påregnes ekstra søndagsarbeid.

Saken ble brakt inn for tvisteløsningsnemnda ved brev datert 30. september 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. september 2015
- brev av 26. oktober 2015
- brev av 23. desember 2015
- e-post av 7. september 2016
- e-post av 8. september 2016
- e-post av 8. september 2016

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev av 28. oktober 2015
- e-post av 5. september 2016

Arbeidstakers anførsler

A anfører i det vesentligste at hun ikke er enig i arbeidsgivers praksis om at det jevnliggjennomsnittet av merarbeidstimene blir lagt til grunn i utmålingen av stillingsprosent. Hun mener hun har krav på stillingsutvidelse tilsvarende faktisk arbeidstid i kravperioden, det vil si stillingsstørrelse tilsvarende 327 timer per år. Hun ber nemnda ta stilling til om arbeidsgivers utregning er riktig.

A er videre ikke enig i at stillingsutvidelsen skal legges inn som tid i en timebank, eller at hun fortsatt skal kunne brukes på tilkalling med fire dagers varsel. Dette strider mot arbeidsmiljølovens regler om 14 dagers varsel (§ 10-3), og vil bli en belastning på privatlivet.

Arbeidsgivers anførsler

B hevder at deres vurderinger i forbindelse med As krav har vært i tråd med arbeidsmiljølovens intensjoner, og anfører i det vesentligste:

Sykehuset har beregnet As krav ut fra hennes merarbeid i perioden 1. mai 2014 til 30. april 2015. Overtid er ikke medregnet.

Videre har arbeidsgiver, på bakgrunn av lovens forarbeider, benyttet seg av muligheten til å ikke hensynta arbeidstopper i beregningsperioden. I oktober måned er det vesentlig større arbeidsomfang enn resten av perioden, noe som tilsier at arbeidsgivers behov for arbeidskraft ikke er forenlig med en permanent utvidelse tilsvarende det faktiske merarbeidet. Timetallet i oktober er derfor erstattet med det gjennomsnittlige timetallet for de øvrige månedene i opptjeningsperioden.

Arbeidsgiver anfører at stillingsutvidelsen, i henhold til lovens forarbeider, kan innrettes slik som merarbeidet har vært avtalt i beregningsperioden. Siden dette stort sett har vært tilkalling på kort varsel, mener arbeidsgiver at dette også må kunne gjelde for stillingsutvidelsen og at de kan benytte timebank for å administrere dette.

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.

Arbeidsgiver har i denne saken innvilget arbeidstaker en stillingsutvidelse på 9,77 prosent. Twisten gjelder hvordan stillingsstørrelsen skal beregnes, herunder om overtid skal medregnes og hvorvidt det er anledning til å redusere det totale timetallet på grunn av såkalte sesongtopper. Arbeidstaker ønsker videre at nemnda tar stilling til hvordan vaktene i den økte stillingsstørrelsen skal gjennomføres.

Tillitsvalgte i Fagforbundet fremsatte krav for arbeidsgiver på vegne av A i brev av 11. mai 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 11. mai 2014 til og med 10. mai 2015.

Når det gjelder 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.»

Overtidstimene er må derfor tas med i beregningsgrunnlaget når ny stillingsstørrelse skal fastsettes.

Dokumentasjonen arbeidsgiver har lagt frem for nemnda viser at A har arbeidet 206,75 timer ekstraarbeid i beregningsperioden, inkludert overtid. Full stilling utgjør 1846 timer per år. Etter fradrag for ferie utgjør full stilling et årstimetall på 1668,5 timer. As totale ekstraarbeid utgjør dermed en stillingsprosent på 12,39 prosent.

Videre har arbeidsgiver anført at de har benyttet seg av en mulighet i lovens forarbeider, til å ikke hensynta arbeidstopper i beregningsperioden. Nemnda har i flere saker, herunder vedtak 29/16, 45/16, 55/16 og 76/16, foretatt et skjønnsmessig fradrag for ferietopper eller intense arbeidsperioder i henhold til nevnte forarbeiders punkt 4.4.4.6. og 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".

Nemnda finner ikke grunnlag for å overprøve arbeidsgivers beregning i denne saken, og kan ikke se at A har krav på ytterligere stillingsutvidelse.

Når det gjelder spørsmålet om hvordan vaktene i den økte stillingsstørrelsen skal gjennomføres, bemerker nemnda at dette ligger utenfor nemndas mandat å ta stilling til. 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

Arbeidstaker gis ikke medhold.

Tvisteløsningsnemnda

Anne Marie Due
leder

Oslo, 14.10.2016

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).