

VEDTAK NR 109/17 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Tvisteløsningsnemnda avholdt møte onsdag 26. april 2017.

Ved behandlingen av saken var tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Anne Marie Due, leder
Tore Trygve Dahlstrøm, Unio
Gry BrandsA Dale, KS

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 som helsefagarbeider i stilling på 54,58 prosent ved B sykehjem i B kommune. Hun fikk utvidet sin stilling fra 20,18 prosent til 50 prosent 1. juni 2015.

A har hatt et avtalt vikariat på 63 prosent fra 1. oktober 2014 til 31. desember 2014, og et vikariat på 50 prosent fra 5. januar 2015 til 1. juni 2015.

Den 15. oktober 2015 fremsatte hun krav om stillingsutvidelse til 100 prosent på grunnlag av utført merarbeid de siste 12 måneder, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Arbeidsgiver avslo søknaden i e-post av 14. mars 2016. Avslaget var begrunnet med at arbeidsgiver anser kun ekstravakter som utføres utover ordinær bemanningsplan som merarbeid.

Timeoversikt forelagt nemnda viser at A har arbeidet 645,5 timer utover avtalt arbeidstid i perioden 15. oktober 2014 til 14. oktober 2015. Full stilling utgjør 1846 timer per år.

Saken ble brakt inn for tvisteløsningsnemnda ved brev av 17. mars 2016. Overfor nemnda har begge parter fått anledning til å komme med utfyllende merknader i saken.

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidstaker:

- brev av 17. mars 2016
- e-post av 5. april 2016
- e-post av 6. mai 2016
- e-post av 24. april 2017

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev av 19. april 2016
- e-post av 28. februar 2017
- e-post av 30. mars 2017
- e-post av 11. april 2017

Arbeidstakers anførsler

A anfører i det vesentligste:

Merarbeidet hun har utført viser et stabilt behov som gir henne rett til utvidet stilling til 100 prosent tilsvarende faktisk arbeidstid, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Arbeidsgivers anførsler

B kommune anfører i det vesentligste:

Arbeidsgiver tolker begrepet «merarbeid» som alt timearbeid som utføres utover ordinær bemanningsplan. Mesteparten av vaktene hun har tatt utover sin faste stilling er timer knyttet til sykefravær, ferie og permisjoner. Arbeidsgiver vil bemerke at dette er ikke merarbeid i den

forstand at det generer faste stillinger. I den omsøkte perioden har hun hatt 3 ekstravakter som er merarbeid utført utover ordinær bemanningsplan.

Sykefraværet ved sykehjemmet har også blitt redusert fra 12,9 prosent i 2015, til 6,8 prosent i 2016. Grunnet for mange av sykevikarvaktene er ikke lenger tilstede.

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).

Etter forskrift om tvisteløsningsnemnd etter arbeidsmiljøloven § 2 settes nemnda med leder samt to faste medlemmer.

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 merarbeid ikke lenger foreligger. Tolv månedersperioden skal beregnes med utgangspunkt i det tidspunkt arbeidstaker fremmet sitt krav.

Arbeidstaker fremsatte sitt krav for arbeidsgiver 15. oktober 2015. Nemnda legger til grunn at siste dag i tolv månedersperioden er dagen forut for at kravet ble fremsatt for arbeidsgiver. Den relevante perioden i denne saken er dermed fra og med 15. oktober 2014 til og med 14. oktober 2015.

Unigheten mellom partene i denne saken gjelder hva som omfattes av begrepet «merarbeid», om merarbeid er utført jevnlig og om behovet for deler av merarbeid har falt bort.

Når det gjelder hva som omfattes av begrepet «merarbeid», viser nemnda til bestemmelsens forarbeider, Prop. 83 L (2012-2013) punkt 4.4.4.2, hvor departementet uttaler:

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. Samtidig må bestemmelsen avgrenses mot situasjoner hvor det er avtalt en utvidelse av stillingen i form av en midlertidig ansettelseskontrakt. Et eksempel kan være en deltidsarbeidende med 50 prosent stilling som for en periode dessuten er ansatt i et vikariat i 50 prosent 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».

Det er samtidig ikke meningen at retten skal kunne uthules av at typiske ekstravakter konstrueres som enkeltstående midlertidige ansettelser. Departementet legger til grunn at det her vil måtte foretas grenseoppganger i praksis. I den forbindelse bør arbeidets varighet og dets karakter av å dekke en «merarbeidssituasjon"/om det fremstår som ekstraarbeid, være sentralt.

Det følger av dette at arbeid utover avtalt arbeidstid utført i forbindelse med sykefravær, ferie og permisjoner skal anses som «merarbeid» i lovens forstand. Merarbeid som inngår i avtalte vikariater regnes imidlertid som avtalt arbeidstid, og inngår ikke i grunnlaget for beregning av en eventuell stillingsøkning.

Nemnda må videre ta stilling til om merarbeidet har vært utført jevnlig i bestemmelsens forstand. Kriteriet byr på en konkret 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 2012-2013) 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 forhold på arbeidstakers side gjør det umulig, må det være utført et visst merarbeid gjennom hele beregningsperioden, 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 tilstrekkelig at det har forekommet slikt merarbeid gjennom hele beregningsperioden 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.

Etter nemndas forståelse av kravet til jevnlighet må A ha krav på økt stilling. Merarbeidet i denne saken går etter nemndas oppfatning utover det sporadiske. Selv om det har visse svingninger i intensiteten i beregningsperioden, har ekstraarbeidet vært tilstrekkelig jevnt fordelt utover året. Nemnda viser til at A har hatt ekstravakter hver måned i beregningsperioden og ekstraarbeidet har hatt tilstrekkelig omfang, hyppighet og stabilitet i tolv månedersperioden. Merarbeidet fremstår dermed etter en helhetsvurdering som en etablert praksis som oppfyller lovens krav.

Opptjent stillingsøkning må etter nemndas oppfatning beregnes med utgangspunkt i brutto årstimetall i full stilling fratrukket ferie, i dette tilfellet 1668,5 timer. Dokumentasjonen i saken viser at A har arbeidet 645,5 timer utover avtalt arbeidstid i beregningsperioden, tilsvarende en stillingsprosent på 38,69. A har allerede fått utvidet sin stilling til 54,58 prosent. Årsaken til utvidelsen er imidlertid at arbeidstaker ble fast ansatt i sykevikariatet på 50 prosent. Ansettelsen kan dermed ikke betraktes som en delvis innrømmelse av arbeidstakers krav etter § 14-4 a.

Arbeidsgiver har anført at deler av behovet for merarbeid har falt bort, som følge av at sykefraværet ved sykehjemmet har blitt redusert fra 12,9 prosent i 2015 til 6,8 prosent i 2016. Nemnda har i sin praksis lagt til grunn at det avgjørende vil være om arbeidsgiver kan dokumentere at behovet for merarbeid var bortfalt på det tidspunktet arbeidsgiver tok stilling til arbeidstakers krav eller at en sannsynlig utvikling i nær fremtid vil kunne ha samme virkning. Nemnda kan ikke se at arbeidsgiver har dokumentert at deler av merarbeidet har falt bort på disse tidspunktene.

A har dermed rett til en utvidelse av stillingen med ytterligere 38,69 prosent slik at hun tilsammen får en stillingsprosent på 93,27.

Konklusjon

A har rett til økning av sin stilling med en stillingsprosent på 38,69.

Tvisteløsningsnemnda

Anne Marie Due
leder

28.04.2017

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).