

VEDTAK NR 82/17 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Twisteløsningsnemnda avholdt møte tirsdag 21. mars 2017.

Ved behandlingen av saken var tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Steffen Rogstad, nestleder
Gry Brandshaug Dale, KS
Tore Dahlstrøm, Unio

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 omsorgsarbeider i stilling på 60 prosent i B kommune ved X omsorgssenter.

Den 4. mai 2016 fremsatte A krav om stillingsutvidelse på grunnlag av utført merarbeid de siste 12 måneder, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Arbeidsgiver avsto søknaden i brev datert 13. mai 2016. A opplyser at hun mottok avslaget 20. mai 2016. Avslaget var begrunnet med at behovet for merarbeid var bortfalt på grunn av nedbemanning og videre at virksomheten var blitt pålagt en ekstraordinær midlertidig arbeidssituasjon som har gitt økt behov for ekstravakter.

Vaktoversikt forelagt nemnda viser at A har arbeidet 152 timer utover sin faste stilling og vikariatet i perioden 4. mai 2015 til 3. mai 2016. Full stilling utgjør 1846 timer per år.

Saken ble brakt inn for tvisteløsningsnemnda ved brev av 13. juni 2016.

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

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidstaker:

- brev datert 13. juni 2016
- brev datert 11. august 2016
- brev datert 2. september 2016

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev datert 9. august 2016
- brev datert 23. september 2016

Arbeidstakers anførsler

A anfører at fristen for å fremme sak for nemnda er overholdt ettersom arbeidstaker fikk avslaget fra arbeidsgiver 20. mai 2016. Det anføres i det vesentligste at merarbeidet viser et stabilt behov som gir henne rett til utvidet stilling tilsvarende faktisk arbeidstid, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a. Videre anføres det at ekstravaktene arbeidsgiver mener er sykepleiervakter er merarbeid for miljøarbeider/fagarbeidere. Det leies fortsatt inn ekstravakter på arbeidsplassen, slik at behovet for merarbeid har ikke bortfalt.

Arbeidsgivers anførsler

B kommune anfører at fristen for å fremme krav ikke er overholdt. Videre anføres det at mye av merarbeidet er sykepleiervakter som arbeidstaker ikke er kvalifisert for og dermed skal trekkes ut av jevnlighetsvurderingen og fra beregningen av merarbeid. Arbeidsgiver mener at merarbeid knyttet til ferievikar og ekstraordinær aktivitet også skal kommet til fratrukk ved beregningen av merarbeid. Merarbeid er dermed ikke utført jevnlig. På grunn av bortfall av en

ressurskrevende bruker har de redusert bemanningen med 4,9 årsverk og behovet for merarbeid har bortfalt som følge av dette. Videre har virksomheten fått midlertidig utvidelse av 6 korttidssenger i starten av februar 2016, noe som kun gir uttrykk for et midlertidig økt behov for stillingsressurser. Arbeidsgiver mener derfor at merarbeid knyttet til denne situasjonen ikke skal være en del av beregningsgrunnlaget. Arbeidsgiver anfører også at det vil være uansvarlig å øke arbeidstakers belastning gjennom en stillingsøkning før hun har helse til å ivareta den stillingsstørrelsen hun har i dag.

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).

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

Arbeidsgiver har anført at saken må avvises på grunn av fristoversittelse. Arbeidsgiver avslø søknaden i brev datert 13. mai 2016. A opplyser at hun mottok avslaget 20. mai 2016, og saken ble brakt inn for tvisteløsningsnemnda ved brev av 13. juni 2016.

Etter forskriftendringen 28. oktober 2016 er fristen for å bringe saken inn for tvisteløsningsnemnda senest fire uker etter arbeidsgivers skriftlige avslag er kommet frem til arbeidstaker, jf. § 4 (1). Etter nemndspraksis, se vedtak 04/17, er det slått fast at saker som ble fremmet før forskriften trådte i kraft må behandles etter fristreglene i gammel forskrift. Frist for å bringe saken inn for tvisteløsningsnemnda ifølge den gamle forskriften var «senest innen fire uker etter at arbeidsgiver avslø krav fra arbeidstaker», jf. § 3 (3).

Fristen i denne saken var dermed 10. juni 2016. Arbeidstaker har opplyst at hun mottok avslaget først 20. mai 2016, og at det kan være på grunn av forsinket postgang etter helligdager 16. og 17. mai. Nemnda legger til grunn forsinket postgang og at saken er fremmet rettidig.

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.

A fremsatte sitt krav for arbeidsgiver 4. mai 2016. Nemnda legger til grunn at siste dag i tolvmånedersperioden er dagen forut for at kravet ble fremsatt for arbeidsgiver. Den relevante beregningsperioden i denne saken er dermed fra og med 4. mai 2015 til og med 3. mai 2016.

Unigheten mellom partene i denne saken gjelder om behovet for merarbeid har bortfalt, om enkelte ekstravakter skal trekkes fra beregningen av merarbeid og om merarbeidet har vært utført jevnlig.

Nemnda vil først ta stilling til jevnlighetsvilkåret.

Dokumentasjon i saken viser at A har utført 152 merarbeidstimer utover avtalt arbeidstid i beregningsperioden, fratrukket ekstravakter i sykepleierstillinger som arbeidstaker ikke er kvalifisert for. Nemnda har ikke funnet grunn til å trekke fra merarbeidstimer som ferievikar og «ekstraordinære» vakter fra beregningsgrunnlaget, ettersom det ikke foreligger noen ferievikariatavtale og fratrekk for de ekstraordinære vaktene dreier seg om spørsmålet om bortfalt behov.

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 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.

Dokumentasjon som er forelagt nemnda viser at A har flere lengre perioder uten merarbeid. Disse varierer fra i underkant av fire uker til ni uker. I oppholdet på ni uker har arbeidstaker avvirket fire uker ferie og ellers i oppholdene har hun avvirket noen feriedager, vært syk noen dager og hatt permisjon noen dager. Videre er det ikke opplyst noen grunn til oppholdene. Nemnda kan dermed ikke se at merarbeidet har hatt tilstrekkelig omfang, hyppighet og stabilitet i beregningsperioden. Etter en helhetsvurdering fremstår ikke merarbeidet som jevnlig og det kan ikke legges til grunn at det representerer en etablert praksis som oppfyller lovens krav.

Ettersom nemnda har kommet til at merarbeidet ikke er utført jevnlig, er det ikke nødvendig å ta stilling til om behovet for merarbeid er bortfalt.

Konklusjon

Arbeidstaker gis ikke medhold.

Tvisteløsningsnemnda

Steffen Rogstad
nestleder

Oslo, 22.03.2017

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).