

VEDTAK NR 204/16 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Tvisteløsningsnemnda avholdt møte torsdag 1. desember 2016.

Ved behandlingen av saken var tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Anne Marie Due, leder
Silje Stadheim Almestrand, NHO
Silje Hassellund Solberg, LO

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 omsorgsarbeider i stilling på 50 prosent i Helse- og omsorgsetaten i B kommune.

Den 10. april 2015 fremsatte A krav om stillingsutvidelse med grunnlag i utført merarbeid de siste 12 måneder, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

B kommune avslo søknaden i brev datert 29. mai 2015. Avslaget var begrunnet med at merarbeidet ikke var utført jevnlig i den aktuelle perioden.

Vaktoversikt forelagt nemnda viser at A har arbeidet 580 timer utover sin faste stilling og i perioden 10. april 2014 til 9. april 2015. Full stilling utgjør 1846 timer per år.

Saken ble brakt inn for tvisteløsningsnemnda ved brev av 22. 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 datert 22. juni 2015

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev datert 12. august 2015
- e-post av 3. november 2016
- e-post av 23. november 2016

Arbeidstakers anførsler

A anfører i det vesentligste at merarbeidet viser et stabilt behov som gir henne rett til utvidet stilling tilsvarende faktisk arbeidstid, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Arbeidsgivers anførsler

B kommune anfører i det vesentligste at A i flere, lengre perioder ikke har utført merarbeid og at lovens vilkår om «jevnlig» utførelse av merarbeid dermed ikke er oppfylt.

Tvisteløsningsnemndas 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).

Etter forskrift om tvisteløsningsnemnd etter arbeidsmiljøloven § 2 settes nemnda med leder og 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 merarbeidet ikke lenger foreligger. Tolvmånedersperioden skal beregnes med utgangspunkt i det tidspunkt arbeidstaker fremmet sitt krav.

A fremsatte sitt krav for arbeidsgiver 10. april 2015. Nemnda legger til grunn at siste dag i tolvmånedersperioden er dagen forut for at kravet ble fremsatt for arbeidsgiver. Den relevante perioden i denne saken er dermed fra 10. april 2014 til 9. april 2015.

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 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.

Nemndas flertall, medlemmene Due og Solberg, har kommet til at A har krav på økt stilling. Merarbeidet i denne saken går etter flertallets oppfatning utover det sporadiske. Selv om det har visse svingninger i intensiteten i opptjeningsperioden, har ekstraarbeidet vært tilstrekkelig jevnt fordelt utover året. Videre viser flertallet til at A avvirket tre ukers ferie under oppholdet i merarbeidet i perioden juni til august. Med enkelte unntak er merarbeidet svært jevnt fordelt i opptjeningsperioden. Etter flertallets oppfatning har ekstraarbeidet hatt tilstrekkelig omfang, hyppighet og stabilitet i tolvmånedersperioden. Merarbeidet fremstår dermed etter en helhetsvurdering som en etablert praksis som oppfyller lovens krav. Flertallet har etter dette kommet til at A fyller kravene i § 14-4 a.

Det følger da av bestemmelsen at arbeidstaker har rett til stilling tilsvarende faktisk arbeidstid i tolvmånedersperioden. Ved fastsettelsen av ny stillingsprosent tar flertallet utgangspunkt i den stillingsprosent det samlede merarbeidet tilsier på årlig basis, uten hensyntaken til variasjoner fra måned til måned. Opptjent stillingsøkning må etter flertallets 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 580 timer utover avtalt arbeidstid i opptjeningsperioden, tilsvarende en stillingsprosent på 34,76.

Det følger imidlertid av forarbeidene at en slik metode ikke skal følges slavisk, og det heter i forarbeidene at det "bør imidlertid være åpent for å benytte et visst skjønn i vurderingen". Flertallet ser det slik at det er arbeidsgivers *stabile og varige* behov for økt arbeidskraft som skal fylles, og at en derfor skal fastsette en stillingsutvidelse i samsvar med det ekstraarbeidet som kan sies å være uttrykk for et slikt behov. Det må bl.a. bety 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.

Dokumentasjonen i saken viser at det i opptjeningsperioden har vært noe variasjon i mengden merarbeid. Slik flertallet vurderer denne saken er de to månedene med mest merarbeid, juni og november, ikke representative for arbeidsgivers stabile og varige behov for As merarbeid. A kan derfor ikke få full uttelling for arbeidet i denne måneden ved fastsettelsen av ny stillingsprosent.

Etter en skjønsmessig vurdering basert på de overnevnte momenter, finner flertallet at merarbeidet gir arbeidstaker rett til økning av sin stilling med en stillingsandel tilsvarende 32 prosent.

Nemndas mindretall, medlemmet Almestrand, viser til at den dokumentasjonen som er forelagt nemnda viser at A har to lange perioder uten merarbeid. Hun har et opphold fra periodestart til begynnelsen av mai, og et opphold på nær åtte uker fra juni til august. Av disse åtte ukene var tre uker ferie. Etter en helhetsvurdering kan mindretallet ikke se at merarbeidet har hatt tilstrekkelig omfang, hyppighet og stabilitet i opptjeningsperioden. Merarbeidet fremstår ikke som jevnlig, og det kan ikke legges til grunn at det representerer en etablert praksis som fyller lovens krav. Mindretallet har etter dette kommet til at arbeidstaker ikke har krav på stillingsøkning.

Konklusjon

Arbeidstaker har rett til økning av sin stilling med en stillingsprosent på 32.

Tvisteløsningsnemnda

Anne Marie Due
leder

Oslo, 09.12.2016

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).