

VEDTAK NR 124/16 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Twisteløsningsnemnda avholdt møte onsdag 22. juni 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

Hallfrid Kristoffersen, Fagforbundet
Gry Brandshaug Dale, KS

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 hjelpepleier i hjemmetjenesten i B kommune. Hennes opprinnelige stilling var 83,1 prosent, men etter en omorganisering i 2014 fikk hun sin stillingsandel økt til 83,8 prosent den 3. november 2014.

Den 24. februar 2015 mottok B kommune et udatert krav fra A om utvidet stilling på grunnlag av utført merarbeid de siste 12 måneder, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

B kommune avslo kravet i brev av 27. mai 2015. Avslaget ble begrunnet med at kravet om jevnlig merarbeid ikke var oppfylt.

Dokumentasjon partene har fremlagt for nemnda viser at A har arbeidet 150,5 timer utover sin faste stilling i perioden 24. februar 2014 til 23. februar 2015. Full stilling utgjør 1846 timer per år.

A har i tillegg til sin faste stilling hatt et sommervikariat i perioden 22. juli 2014 – 1. august 2014

Saken ble brakt inn for tvisteløsningsnemnda ved brev av 9. 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 9. juni 2015
- brev av 10. august 2015
- brev av 17. september 2015

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. Opphold i merarbeid skyldes turnus i fast stilling, og begrensede muligheter til å få ekstravakter.

Arbeid som ferievikar omfatter også perioder utenom sommerhalvåret.

Det var fortsatt vakante stillinger i grunnturnusen til hjemmetjenesten etter tolv månedersperioden.

Arbeidsgivers anførsler

B kommune anfører i det vesentligste:

Arbeidstaker har hatt 5 perioder med opphold i merarbeidet på 3-4 uker hver, hvor det ikke har vært utført merarbeid. I tillegg skyldes vaktene som ekstrahjelp på 15,5 timer, perioder med ekstra stort pleiebehov, som ikke oppstår jevnlig fordelt utover året. Tilsvarende for vakter som ferievikar som er konsentrert rundt sommerhalvåret.

Utførelsen av merarbeidet har etter dette ikke den stabilitet som forarbeidene gir anvisning på og merarbeidet fremstår i det store og hele ikke som en etablert praksis i den aktuelle perioden. Etter arbeidsgivers vurdering medfører disse periodene uten utført merarbeid samlet sett at kravet om jevnlighet ikke er oppfylt.

Merarbeid betegnet som fast lønn på 28 timer ble benyttet på stillinger som ble holdt vakante i påvente av omorganisering av ansatte som ble overflødige etter vedtatt reduksjon av ansatte og omorganisering i hjemmetjenesten. Stillingene ble enten lagt ned, eller besatt slik at behovet for dette merarbeidet ikke lenger foreligger.

Tvistløsningsnemndas 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. Tolv månedersperioden beregnes med utgangspunkt i det tidspunkt arbeidstaker fremmet sitt krav.

Uenigheten 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.

B kommune mottok kravet fra arbeidstaker den 24. februar 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 24. februar 2014 til 23. februar 2015. Dokumentasjonen som er forelagt nemnda viser at A har arbeidet 150,5 timer utover sin faste stilling og avtalte vikariater i beregningsperioden. Ved vurderingen av timeantallet har

nemnda lagt til grunn alt utført merarbeid i perioden basert på framlagte timelister med unntak arbeid som senere er avspasert og arbeid som ferievikar i perioden 22. juli 2014 til 1. august 2014.

Til den konkrete vurdering av kravet til jevnlighet har nemnda delt seg i et flertall og et mindretall.

Flertallet, medlemmene Due, Solberg og Kristoffersen legger til grunn at merarbeidet i denne saken går utover det sporadiske. Selv om det har visse svingninger i intensiteten i opptjeningsperioden, har ekstraarbeidet vært tilstrekkelig jevnt fordelt utover året. A har hatt ekstravakter hver måned i beregningsperioden og ekstraarbeidet har hatt tilstrekkelig omfang, hyppighet og stabilitet. Merarbeidet fremstår etter en helhetsvurdering som en etablert praksis som oppfyller lovens krav.

Arbeidsgiver har anført at deler av behovet for merarbeid er bortfalt som følge av innleie i stillinger som ble holdt vakante i påvente av omplassering av ansatte som ville bli overflødige etter politisk vedtak om omorganisering og reduksjon av bemanningen ved hjemmetjenesten.

Det følger av arbeidsmiljøloven § 14-4 a at deltidsansatte har rett til stilling tilsvarende faktisk arbeidstid, med mindre arbeidsgiver kan dokumentere at behovet for merarbeid ikke lenger foreligger.

Etter nemndas oppfatning er det i denne saken tilstrekkelig dokumentert at omstilling og nedbemanningsprosessen medførte at behovet for deler av As merarbeid ikke lenger forelå. Innleie i vakante stillinger med 28 timer i perioden anses dermed som bortfalt, og vil ikke inngå i grunnlaget for å beregne økt stillingsandel.

Opptjent stillingsøkning må etter nemndas oppfatning beregnes med utgangspunkt i brutto årstimetall i full stilling fratrukket ferie, i dette tilfellet 1668,5 timer. As merarbeid på 122,5 timer tilsvarer derfor en stillingsprosent på 7,34.

Det følger av bestemmelsen at arbeidstaker har rett til stilling tilsvarende faktisk arbeidstid i tolv månedsperioden. Slik nemnda forstår bestemmelsens forarbeider, skal nemnda ved fastsettelsen av ny stillingsprosent i utgangspunktet regne om hvor stor stillingsprosent det samlede merarbeidet tilsier på årlig basis, uten hensyntaken til variasjoner fra måned til måned. Det følger imidlertid også av forarbeidene at en slik metode ikke skal følges slavisk, men at det *"bør imidlertid være åpent for å benytte et visst skjønn i vurderingen"*. Nemnda ser det slik at det er arbeidsgivers *stabile og varige* behov for økt arbeidskraft som skal fylles, og at nemnda 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.

Arbeidsgiver har anført at vakter som ekstrahjelp skyldes perioder med ekstra stort pleiebehov. Nemnda kan imidlertid ikke se at vakter som ekstrahjelp er konsentrert rundt enkelte intense perioder slik at det skulle tilsi at man fraviker det matematiske gjennomsnittet over tolv månedersperioden. Ut fra sakens opplysninger, fastsetter nemndas flertall derfor at merarbeidet gir arbeidstaker rett til økning av sin stilling med en stillingsprosent på 7,34.

Mindretallet, Stadheim Almestrand og Brandshaug mener A ikke jevnlig har arbeidet utover vanlig arbeidstid. Fra 29. desember 2014 til 23. februar 2015, altså 8 uker, er det arbeidet tre vakter. Disse vaktene er senere avspasert og hun har således ikke totalt arbeidet utover vanlig arbeidstid. De merarbeidsvaktene hun senere har avspasert, kan således ikke sies å være et uttrykk for virksomhetens behov for vikarer. A må ha avspasert i sin faste turnus, og en annen har således vært vikar i hennes faste turnus. De merarbeidsvaktene hun senere har avspasert har således generert merarbeid for andre. Da kan ikke hun sies å ha arbeidet merarbeid i de tre vaktene.

Konklusjon

A har etter arbeidsmiljøloven § 14-4 a rett til økning av sin stilling med en stillingsprosent på 7,34.

Tvisteløsningsnemnda

Anne Marie Due
leder

Oslo, 10.10.2016

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).