

VEDTAK NR 84/17 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Twisteløsningsnemnda avholdt møte tirsdag 21. mars 2017.

Ved behandlingen av saken var tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Steffen G. Rogstad, nestleder
Gry Brandshaug Dale, KS
Tore Trygve 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 assistent i stilling på 28,64 prosent ved Boligenheten i B kommune. Han har også hatt avtale om ferievikariat i ukene 26-33 i 2015.

Den 6. april 2016 fremsatte han krav om stillingsutvidelse på grunnlag av utført merarbeid de siste 12 måneder, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Arbeidsgiver avsto søknaden i brev datert 28. april 2016. Avslaget var begrunnet med at det ikke er gått tolv måneder siden forrige avslag på krav etter § 14-4 a.

Timeoversikt forelagt nemnda viser at A har arbeidet 312,25 timer utover avtalt arbeidstid i perioden 6. april 2015 til 5. april 2016. Full stilling utgjør 1846 timer per år.

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

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev av 23. juni 2016

Arbeidstakers anførsler

A anfører i det vesentligste:

Det er ingen begrensninger på når og hvor ofte man kan legge inn krav etter arbeidsmiljøloven § 14-4 a. Merarbeidet han har utført viser et stabilt behov som gir han rett til utvidet stilling tilsvarende faktisk arbeidstid, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Arbeidsgivers anførsler

B kommune anfører i det vesentligste:

Prinsipielt anføres det at kravet må avslås fordi det ikke er gått tolv måneder siden arbeidsgivers forrige avslag på utvidet stilling. B kommune tolker regelen slik at dersom kravet avslås fra arbeidsgiver, så vil avslaget ha virkning for de tolv månedene som kravet omfatter, og det må da gå ytterligere tolv måneder før nytt krav kan fremmes.

Subsidiært anføres det at behovet for merarbeid er bortfalt på grunn av endringer ved enheten og B kommune. I 2015 har enheten nedbemannet med 11 årsverk. I 2016 skal enheten nedbemanne ytterligere 3 årsverk, og på grunn av økonomiske innsparinger og pågående organisasjonsendring kan behovet for merarbeid bli ytterligere redusert. Enheten har flere overtallige, og kommunen har flere overtallige assistenter innen omsorg.

A har utført noe av merarbeidet som vikar for miljøterapeuter og fagarbeidere. Disse timene bør holdes utenfor ved vurderingen av kravet, da A ikke er kvalifisert for disse stillingene.

Tvistløsningsnemndas 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).

I henhold til forskrift om tvisteløsningsnemnd etter arbeidsmiljøloven § 2 settes nemnda med leder / nestleder 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. Tolv månedersperioden skal beregnes med utgangspunkt i det tidspunkt arbeidstaker fremmet sitt krav.

Arbeidstaker fremsatte sitt krav for arbeidsgiver 6. april 2016. 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 6. april 2015 til og med 5. april 2016.

Uenigheten mellom partene i denne saken gjelder hvorvidt arbeidstaker kan søke på nytt om utvidet stilling etter § 14-4 a innen tolv måneder siden arbeidsgivers forrige avslag. Videre har arbeidsgiver anført at behovet for merarbeid er bortfalt og mye av merarbeidet er utført i stillinger arbeidstaker ikke er kvalifisert for.

Nemnda kan ikke se at det finnes holdepunkter i lov eller forarbeider som tilsier at arbeidstaker ikke kan fremme et nytt krav før det er gått tolv måneder fra arbeidsgivers forrige avslag. Slik denne saken er opplyst, kan nemnda heller ikke se at det er noen reelle hensyn som skulle tilsi dette. Det er dermed mulig for arbeidstaker å fremme et nytt krav etter arbeidsmiljøloven § 14-4 a før det er gått tolv måneder siden arbeidsgivers forrige avslag.

Dokumentasjonen i saken viser at A har arbeidet 312,25 timer utover avtalt arbeidstid i beregningsperioden

Opptjent stillingsøkning må etter nemndas oppfatning beregnes med utgangspunkt i brutto årstimetall i full stilling fratrukket ferie, idet det vil være den arbeidstiden som tilsvarer 100 prosent stilling. Brutto arbeidstid i arbeidstakers stilling er oppgitt å være 1846 timer per år med en ukentlig arbeidstid på 35,5 timer i snitt. Etter fradrag for fem ukers ferie blir utgangspunktet for nemndas beregning av opptjent stillingsøkning et årstimetall på 1668,5 timer.

As merarbeid på 312,25 tilsvarer derfor en stillingsprosent på 18,71 prosent.

Nemnda vil først ta stilling til hvorvidt merarbeidet har vært utført jevnlig i bestemmelsens forstand.

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 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.

Nemnda har kommet til at merarbeidet ikke er utført jevnlig i lovens forstand.

Det er i beregningsperioden flere lengre opphold uten noe merarbeid. Selv om nemnda har tatt hensyn til sykemeldinger og annet fravær som normalt forhindrer merarbeid, har merarbeidet etter nemndas oppfatning ikke hatt tilstrekkelig omfang, hyppighet og stabilitet til at nemnda kan konkludere med at merarbeidet er uttrykk for et stabilt og varig behov hos arbeidsgiver.

Nemnda har etter dette kommet til at det ikke er nødvendig å ta stilling til om vakter arbeidstaker ikke er kvalifisert for skal tas ut av vurderingen.

Det vil dermed ikke være nødvendig for nemnda å vurdere om behovet for merarbeid er bortfalt.

Nemnda finner etter en helhetsvurdering at merarbeidet ikke fremstår som en etablert praksis som oppfyller lovens krav, og har etter dette kommet til at A ikke fyller kravene i arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Konklusjon

Arbeidstaker gis ikke medhold.

Tvisteløsningsnemnda

Steffen G. Rogstad
nestleder

23.03.2017

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).