

VEDTAK NR 163/16 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Twisteløsningsnemnda avholdt møte torsdag 20. mai 2016.

Ved behandlingen av saken var tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Henning Harborg, leder
Lornts Natrud Nagelhus, LO
Elisabeth Lea Strøm, NHO

Særskilt oppnevnte medlemmer

Cecilie R. Sæther, KS
Hallfrid Kristoffersen, Fagforbundet

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 stilling på 54 prosent i B kommune, med arbeidssted X.

Den 10. februar 2015 fremsatte A krav om stillingsutvidelse på grunnlag av utført merarbeid de siste 12 måneder.

B kommune avslo kravet 21. april 2015 ved skriftlig vedtak som kom frem til arbeidstaker på et senere tidspunkt. Avslaget var begrunnet med at merarbeidet ikke var utført jevnlig i den aktuelle perioden. Det ble vist til at det er flere opphold på over 14 dager fra siste merarbeid.

Under saksforberedelsen har arbeidsgiver fremlagt dokumentasjon som viser at en andel av A' ekstravakter har vært for vakanser i sykepleierstillinger. Arbeidsgiver har i tillegg anført at behovet for merarbeidet ikke lenger foreligger som følge av redusert sykefravær på arbeidsplassen og opprettelse av en vikarpoolordning som ble virksom i desember 2014.

Dokumentasjonen arbeidsgiver har fremlagt viser at A har arbeidet 695,25 timer utover sin faste stilling i perioden 10. februar 2014 til 9. februar 2015. Av disse er 212 timer ekstravakter for kolleger med sykefravær og 136 timer er vakter for vakante helsefagarbeider- og sykepleierstillinger. Full stilling innebærer 1846 arbeidstimer per år.

Saken ble brakt inn for tvisteløsningsnemnda ved brev innkommet 27. mai 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 19. mai 2015

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev datert 14. august 2015
- e-post av 4. april 2016
- e-post av 21. april 2016
- e-post av 26. april 2016
- e-post av 10. mai 2016

Arbeidstakers anførsler

A anfører i det vesentligste at ekstravaktene utover hennes faste stilling viser et stabilt og varig behov som gir henne rett til stilling tilsvarende faktisk arbeidstid, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Arbeidsgivers anførsler

B kommune anfører i det vesentligste at A i flere perioder ikke har utført merarbeid og at lovens vilkår om «jevnlig» utførelse av merarbeidet dermed ikke er oppfylt. Vakter for vakante sykepleierstillinger skal ikke inngå i beregningen av en eventuell stillingsutvidelse. Uansett har det reduserte sykefraværet på arbeidstedet og opprettelsen av vikarpoolordningen medført at behovet for merarbeidet ikke lenger foreligger.

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).

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.

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 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.

A fremsatte sitt krav for arbeidsgiver 10. februar 2015. Etter § 14-4 a (1) annen setning skal tolv månedersperioden "beregnes med utgangspunkt i det tidspunkt arbeidstaker fremmet sitt krav". Nemnda legger til grunn at siste dag i tolv månedersperioden er dagen forut for at arbeidstaker fremmet sitt krav for arbeidsgiver. Den relevante perioden i denne saken er dermed fra 10. februar 2014 til 9. februar 2015. Dokumentasjonen som er forelagt nemnda viser at A har arbeidet 695,25 timer utover avtalt arbeidstid i beregningsperioden. As merarbeid tilsvarer derfor en stillingsprosent på 41,67.

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 gjennom opptjeningsperioden, har ekstraarbeidet vært tilstrekkelig jevnt fordelt utover året. Nemnda viser til at A har hatt ekstravakter hver måned i beregningsperioden, og etter en helhetsvurdering finner nemnda at ekstraarbeidet har hatt slikt omfang, hyppighet og stabilitet at det må anses som en etablert praksis som oppfyller lovens krav. Nemnda 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 tolv månedersperioden. Ved fastsettelsen av ny stillingsprosent tar nemnda utgangspunkt i den stillingsprosent det samlede merarbeidet tilsier på årlig basis, uten hensyntaken til variasjoner fra måned til måned. 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". 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. Nemnda kan imidlertid ikke se at det i denne saken har vært noen slike topper eller andre variasjoner som kan tilsi at man fraviker det matematiske gjennomsnittet over tolv månedersperioden.

Arbeidsgiver har dokumentert at en andel av As merarbeid har vært i vakter for vakante sykepleierstillinger. Ettersom dette er stillinger hun ikke er kvalifisert for, finner nemnda at dette merarbeidet ikke kan inngå i beregningsgrunnlaget for stillingsutvidelsen.

B kommune har anført at behovet for As merarbeid ikke lenger foreligger.

Dokumentasjonen forelagt nemnda viser en vesentlig nedgang i sykefraværet på arbeidsplassen. Videre har arbeidsgiver foretatt nyansettelser i en vikarpoolordning som skal dekke vakter for vakante stillinger og annet fravær på arbeidsstedet. De nyansatte tiltrådte slik at vikarpoolordningen fikk virkning fra desember 2014, og den ble senere ytterligere oppbemannet med flere årsverk. Nemnda legger derfor til grunn at behovet for As merarbeid var delvis bortfalt da arbeidsgiver avslo kravet.

Etter en skjønnsmessig helhetsvurdering av arbeidsgivers fortsatte behov for hennes merarbeid, finner nemnda at A har krav på en stillingsøkning tilsvarende 10 prosent stilling.

Konklusjon

A har rett til en økning av sin stilling med en stillingsprosent på 10.

Tvisteløsningsnemnda

Henning Harborg
leder

Oslo, 31.10.2016

Til orientering:

Twister 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).