

VEDTAK NR 200/16 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Tvisteløsningsnemnda avholdt møte torsdag 1. desember 2016.

Ved behandlingen av saken var tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

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

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 var fast ansatt som assistent i stilling på 16,9 prosent i B kommune ved X omsorgssenter fram til 31. august 2016. Etter dette er hun fast ansatt i en stilling på 23,71 prosent. Hun har hatt et ferievikariat i perioden 25. juni 2014 til 17. august 2014, og et vikariat på 80,16 prosent i perioden 18. mars 2015 til 17. mai 2015.

Den 15. april 2015 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 11. juni 2015. Avslaget var begrunnet med opphold i perioden med merarbeid slik at kravet om jevnlighet ikke var oppfylt.

Timeoversikt forelagt nemnda viser at A har arbeidet 815,5 timer utover sin faste stilling og sommervikariatet i perioden 25. juni 2014 til 17. august 2014. Full stilling utgjør 1846 timer per år.

Saken ble brakt inn for tvisteløsningsnemnda ved brev av 30. 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 30. juni 2015
- brev av 31. august 2015

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev av 28. august 2015
- brev av 6. oktober 2015
- brev av 29. september 2016

Arbeidstakers anførsler

A anfører i det vesentligste:

Merarbeidet hun har utført i den aktuelle perioden viser et stabilt behov som gir henne rett til utvidet stilling tilsvarende faktisk arbeidstid. Forarbeidene til arbeidsmiljøloven § 14-4 a tilsier at opphold ikke skal tolkes like strengt som etter § 14-9. Loven krever ikke at merarbeidet skal være likt fordelt over hele tolv månedersperioden.

Arbeidsgivers anførsler

B kommune anfører i det vesentligste:

Arbeidstaker har hatt et opphold i merarbeidet fra 17. mars 2015 til 11. april 2015, på til sammen 26 dager. I denne perioden hadde hun et vikariat på 80,16 prosent ved avdelingen.

Behovet for merarbeid ved enheten og avdelingen er vesentlig endret. Kommunen har flere overtallige assistenter innen omsorg.

Av det totalt utførte merarbeidet er 332,5 timer vakter som i utgangspunktet skal besettes av sykepleiere. Arbeidstaker er ikke kvalifisert for vaktene og de bør trekkes fra ved beregningen.

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.

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 legger til grunn at siste dag i tolv månedersperioden er dagen forut for at kravet ble sendt til arbeidsgiver. A fremsatte sitt krav for arbeidsgiver 15. april 2015. Den relevante perioden i denne saken er dermed 15. april 2014 til 14. april 2015.

Det fremgår av sakens dokumenter at A i perioden 25. juni 2014 til 17. august 2014 var ansatt i et avtalt sommervikariat hvor hun arbeidet i en fast turnus som ferievikar. Sommervikariatet anses dermed som avtalt arbeidstid.

Dokumentasjonen i saken viser at A har arbeidet 815,5 timer utover avtalt arbeidstid i opptjeningsperioden. 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 815,5 timer tilsvarer derfor en stillingsprosent på 48,88 prosent.

Uenigheten mellom partene i denne saken gjelder hvorvidt merarbeidet har vært utført jevnlig i bestemmelsens forstand. Kriteriet byr på en konkret og skjønsmessig vurdering som i første instans vil være overlatt til tvisteløsningsnemnda der partene ikke selv blir enige. I tillegg er partene uenige om hvorvidt behovet for merarbeidet er bortfalt og at A derfor ikke har krav på økt stilling. Nemnda vil først ta stilling til om behovet for merarbeid er bortfalt.

Arbeidsgiver har anført at kommunen høsten 2015 besluttet å legge ned avdeling Stølen ved enheten X omsorgssenter fra og med 1. september 2015, og at de ansatte ved avdelingen ble overført til andre avdelinger både ved X omsorgssenter og andre enheter i kommunen. I tillegg skal en annen avdeling ved X omsorgssenter overføres til annen enhet i kommunen

samtidig som enheten blir tilført langtidsplasser. Disse endringene har og vil medføre omplassering av om lag 100 ansatte, bl.a. ved å øke stillingsstørrelser ved de avdelingene de blir omplassert til. I tillegg har arbeidstaker fått økt sin stilling til 23,71 prosent fra 1. september 2016.

Nemnda må derfor ta stilling til hvorvidt kommunen i tilstrekkelig grad har dokumentert at behovet for As merarbeid var bortfalt på avslagstidspunktet eller at det var sannsynlig at behovet ville bortfalle i nær fremtid.

Hva som skal til for at behovet for merarbeid ikke lenger anses å foreligge, er ikke nærmere definert i loven. I bestemmelsens forarbeider, Prop. 83 L (2012-2013) punkt 4.4.4.5, uttaler departementet blant annet at:

«..Det kan og tenkes at virksomheten kan begrunne et mindre behov for merarbeid framover med at det i mellomtiden har vært nødvendig med nedbemanning, eventuelt at nedbemanning eller permitteringer er sannsynlig i nær fremtid. (...) Departementet finner det ikke hensiktsmessig å fastsette konkrete krav til hvilken dokumentasjon som arbeidsgiver må legge fram. Arbeidsgiver vil i praksis måtte fremlegge informasjon som gjør det mulig for arbeidstaker og eventuelt Tvisteløsningsnemnda å etterprøve. Det avgjørende vil være hvorvidt og i hvilken grad arbeidsgiver kan sannsynliggjøre at virksomheten ikke lenger har behov for merarbeidet i tiden framover.»

I sak 129/16 har nemndas flertall uttalt følgende om planlagte nedbemanninger på avslagstidspunktet:

«For at nedbemanningsplaner skal ha betydning i de konkrete sakene nemnda skal avgjøre, må de etter flertallets oppfatning ikke bare fremstå som målsetninger, men være konkrete og allerede under behandling på tidspunktet for arbeidsgivers avslag. Enn videre må den planlagte nedbemanningen redusere behovet for merarbeid i den avdelingen eller enheten der merarbeidet som har utløst kravet på økt stilling, er utført.»

Flertallet understreker videre at nedbemanningen, for å være relevant, må ha som virkning at behovet for merarbeid reduseres.»

Slik denne saken er opplyst har nemnda kommet til at arbeidsgiver i tilstrekkelig grad har sannsynliggjort at behovet for merarbeid ikke lenger foreligger. Det er lagt ned en avdeling ved enheten X omsorgssenter, og de ansatte fra denne avdelingen har blitt overført til andre avdelinger ved enheten. Videre er en avdeling overført til en annen enhet i kommunen. Disse endringene har medført omplassering av flere ansatte ved at merarbeidet ved avdelingene dekkes opp ved økte stillinger som følge av omplasseringer.

Arbeidsgiver har i etterfølgende korrespondanse til nemnda opplyst at deler av de planlagte endringer ble forsinket grunnet byggmessige forhold, og at det under prosessen oppstod et behov for bruk av merarbeid som følge av økt sykefravær.

Nemnda finner ikke at de etterfølgende opplysninger om forsinkelser i endringsprosessen endrer utgangspunktet om at endringene ville medføre bortfall av behovet for merarbeid slik det var forespeilet på avslagstidspunktet. Det forhold at det ble brukt merarbeid også under endringsprosessen tillegges derfor ikke vekt så lenge merarbeidet ikke kan anses som et uttrykk for arbeidsgivers stabile og varige behov for As arbeidskraft.

Da nemnda har konkludert med at behovet for merarbeidet har bortfalt, er det ikke nødvendig å ta stilling til om merarbeidet har vært utført jevnlig.

Nemnda finner etter dette at arbeidsmiljøloven § 14-4 a ikke gir A rett til stillingsutvidelse for hennes merarbeid i beregningsperioden.

Konklusjon

Arbeidstaker gis ikke medhold.

Tvisteløsningsnemnda

Anne Marie Due
leder

Oslo, 02.12.2016

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).