

VEDTAK NR 137/17 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Twisteløsningsnemnda avholdt møte onsdag 31. mai 2017.

Ved behandlingen av saken var tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Anne Marie Due, leder
Per H. Engeland, Virke
Ragnhild Bø Raugland, Akademikerne (vara)

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 miljøarbeider i stilling på 60 prosent ved virksomhet for funksjonshemmede i B kommune.

Den 8. september 2016 fremsatte hun krav om stillingsutvidelse til 100 prosent på grunn av utført merarbeid de siste 12 måneder, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Arbeidsgiver avsto kravet i forhandlingsmøte 13. oktober 2016. Avslaget var begrunnet med at arbeidstaker ikke kan få uttelling for 492,5 timer på grunn av midlertidig økt behov og merarbeid utført i stilling med andre krav til kompetanse.

Timeoversikt forelagt nemnda viser at A har arbeidet 661 timer utover avtalt arbeidstid i perioden 8. september 2015 til 7. september 2016. Full stilling utgjør 1846 timer per år.

Saken ble brakt inn for tvisteløsningsnemnda ved brev datert 10. november 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 10. november 2016
- brev av 2. desember 2016
- e-post av 12. januar 2017
- e-post av 11. mai 2017

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev av 15. desember 2016
- e-post av 19. mai 2017

Arbeidstakers anførsler

A anfører i det vesentligste:

Merarbeidet hun har utført i tolv månedersperioden viser et stabilt behov som gir henne rett til utvidet stilling til 100 prosent tilsvarende faktisk arbeidstid. Hun har også utført merarbeid før og etter at kravet ble sendt inn.

Arbeidsgivers anførsler

B kommune anfører i det vesentligste:

Arbeidsgiver mener at 492,5 timer skal holdes utenfor beregningsgrunnlaget. 438 timer er merarbeid i forbindelse med at en bruker hadde brukket lårhals og har behov for ekstra tilsyn. Dette anses å være midlertidig arbeid som det ikke lenger er bruk for i avdelingen når bruker er frisk. Det er også ansatt en ekstra hvilende nattevakt hos bruker. 54,5 timer er merarbeid som vikar for kollega med annen kompetanse (miljøterapeut).

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).

I henhold til 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.

Arbeidstaker fremsatte sitt krav for arbeidsgiver 8. september 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 8. september 2015 til og med 7. september 2016.

Uenigheten mellom partene i denne saken gjelder hvorvidt deler av merarbeidet skal holdes utenfor beregningsgrunnlaget, da det gjelder arbeid i stillinger arbeidstaker ikke er kvalifisert for, samt om behovet er bortfalt da deler av merarbeidet dekket et midlertidig behov.

Dokumentasjonen som er forelagt nemnda viser at A har arbeidet 661 timer utover sin faste stilling i beregningsperioden. Arbeidsgiver har dokumentert at 35 timer av As merarbeid har vært i vakter som arbeidstaker ikke er kvalifisert for. Ettersom disse stillingene krever en annen kompetanse og utdanning enn det arbeidstaker har, finner nemnda at dette merarbeidet ikke kan inngå i beregningsgrunnlaget for rett til utvidet stillingsprosent, da dette arbeidet ikke er uttrykk for arbeidsgivers behov for miljøarbeider.

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. Etter fradrag for fem ukers ferie blir utgangspunktet for nemndas beregning av opptjent stillingsøkning et årstimetall på 1668,5 timer. As merarbeid på 626 timer tilsvarer derfor en stillingsprosent på 37,52.

Nemnda vil først ta stilling til jevnlighetsvilkåret. 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 2012-2013) 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 beregningsperioden, 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 beregningsperioden 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.

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 i intensiteten i beregningsperioden, har ekstraarbeidet vært tilstrekkelig jevnt fordelt utover året. Nemnda viser til at A har hatt ekstravakter hver måned i beregningsperioden og ekstraarbeidet har hatt tilstrekkelig omfang, hyppighet og stabilitet i tolv månedersperioden. Merarbeidet fremstår dermed etter en helhetsvurdering som en etablert praksis som oppfyller lovens krav.

Arbeidsgiver har imidlertid anført at 492,5 timer dekker et midlertidig behov, da det er utført i forbindelse med en bruker som hadde brukket lårhals og behov for ekstra tilsyn. I følge dokumentasjonen som er forelagt nemnda utgjør dette merarbeidet 407 timer. Nemnda legger til grunn at det anføres at behovet for merarbeid har bortfalt, jf. unntaksregelen i arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Nemnda har i sak 129/16 gitt en utførlig redegjørelse for sitt syn på unntaksbestemmelsen i § 14-4 a. I vedtaket legger nemnda til grunn at det avgjørende vil være om arbeidsgiver kan dokumentere at behovet for merarbeid var bortfalt på det tidspunktet arbeidsgiver tok stilling til arbeidstakers krav eller at en sannsynlig utvikling i nær fremtid vil kunne ha samme virkning. Nemnda må derfor ta stilling til hvorvidt arbeidsgiver 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.»

Nemnda har kommet til at arbeidsgiver i tilstrekkelig grad har dokumentert at behovet for merarbeid tilsvarende 407 timer ville bortfalle i nær fremtid. Det legges vekt på arbeidsgivers anførsel om at det ikke vil være behov for merarbeidet som er utført når bruker er frisk. Videre har arbeidsgiver opplyst at det er oppbemannet med en ekstra hvilende nattevakt hos bruker, noe som reduserer behovet for As merarbeid.

Opptjent stillingsøkning må etter nemndas 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 626 timer utover avtalt arbeidstid i beregningsperioden, hvorav 407 timer er i forbindelse med merarbeid hvor behovet er bortfalt. Arbeidstaker har dermed arbeidet 219 timer merarbeid, som tilsvarer en stillingsprosent på 13,12 prosent.

Konklusjon

Arbeidstaker har rett til økning av sin stilling med en stillingsprosent på 13,12.

Tvisteløsningsnemnda

Anne Marie Due
leder

07.06.2017

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).