

VEDTAK NR 215/17 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Tvisteløsningsnemnda avholdt møte torsdag 19. oktober 2017.

Ved behandlingen av saken var tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Anne Marie Due, leder
Tore Trygve Dahlstrøm, Unio
Per H. Engeland, Virke

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 er fast ansatt i stilling på 18,08 prosent som assistent p.t. ved X i B kommune. Arbeidsstedet ble endret til Y omsorgssenter 25. april 2017 da alle pasientene ved X og flere andre institusjoner i kommunen ble overflyttet til det nyåpnede omsorgssenteret.

Den 22. februar 2017 fremsatte A krav om stillingsutvidelse på grunnlag av utført merarbeid de siste 12 måneder, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Kravet ble avslått i møte 7. april 2017, og i skriftlig protokoll datert samme dag. Begrunnelsen for avslaget var at behovet for merarbeidet var bortfalt. Kommunen åpnet for en ny vurdering i månedsskiftet mai/juni, og oppfordret samtidig A til å fullføre fagarbeiderutdannelsen for å styrke hennes muligheter for større stilling på sikt.

Det ble avholdt nytt drøftingsmøte 9. juni 2017. A hadde i perioden april til mai jobbet ekstra tilsvarende en stilling på 52 prosent. Arbeidsgiver tilbød imidlertid ikke økt stilling da de mente merarbeidet skyldtes oppstart og innkjøring og derfor ikke ga uttrykk for et vedvarende behov.

Vaktoversikt forelagt nemnda viser at A har arbeidet 1078,5 timer utover avtalt arbeidstid i perioden fra og med 22. februar 2016 til og med 21. februar 2017. Full stilling utgjør 1846 timer per år.

A har akseptert tilbud om vikariat på 40 prosent i en barnehage i kommunen for perioden 11. august 2017 til 31. desember 2017.

Saken ble brakt inn for tvisteløsningsnemnda ved e-post av 4. mai 2017. Overfor nemnda har begge parter fått anledning til å komme med utfyllende merknader i saken.

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidstaker:

- e-post av 4. mai 2017
- e-post av 18. mai 2017
- e-post av 3. juli 2017

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- e-post av 9. juni 2017
- e-post av 8. august 2017
- e-post av 11. oktober 2017
- e-post av 12. oktober 2017

Arbeidstakers anførsler

A anfører i det vesentligste at hun har krav på 80 prosent stilling.

Arbeidstaker opplyser at hun snart er ferdig med utdanning som helsefagarbeider.

Det anføres videre at det fortsatt er mange ledige vakter, også for ansatte uten fagbrev. Tillitsvalgte har bedt om en oversikt over merarbeidsbruken ved omsorgssenteret, men har ikke fått utlevert dette.

Arbeidsgivers anførsler

B kommune mener de kan dokumentere at behovet for merarbeid ikke lenger foreligger og anfører i det vesentligste at behovet for merarbeidet har bortfalt. Omsorgssenteret har en overkapasitet knyttet til bemanning som følge av oppstart og overføring av ansatte fra andre arbeidsplasser i kommunen. Dette gjelder særlig for ufaglærte. Grunnbemanningen er økt, noe som gir mindre sårbarhet ved fravær. I tillegg anfører kommunen at det er flere på jobb enn grunnbemanningen tilsier, og at man derfor kan skyve dagvakter til kveld ved behov. Det er nå 62 ansatte på 51 brukere mot tidligere 33 ansatte på 29 brukere. Det er i tillegg mange ansatte i deltidstilling, noe som gir fleksibilitet ved fravær.

A har ikke blitt benyttet mye til ekstravakter den siste tiden delvis fordi man ønsker å benytte faglært arbeidskraft og fordi det har vært utfordringer knyttet til holdninger og oppførsel, som medførte advarsel. Hun har også flere ganger takket nei til tilbudte vakter selv om hun har stått oppsatt som tilgjengelig.

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

Arbeidstaker fremsatte sitt krav for arbeidsgiver 22. februar 2017. 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 22. februar 2016 til og med 21. februar 2017. Vaktoversikt forelagt nemnda viser at A har arbeidet 1078,5 timer utover avtalt arbeidstid i perioden

Unigheten mellom partene gjelder hvorvidt behovet for merarbeidet har bortfalt.

Nemnda vil først ta stilling til om merarbeidet er utført jevnlig, siden dette uansett er en forutsetning for retten etter § 14-4 a. Inngangskriteriet om at den deltidsansatte har arbeidet «jevnlig» utover avtalt arbeidstid byr på en konkret og skjønsmessig 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.

Nemnda har kommet til at merarbeidet er utført jevnlig. Merarbeidet i denne saken går etter nemndas oppfatning klart 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 tilnærmet hver uke i beregningsperioden, med unntak av fire uker hvor hun avvirket ferie, samt tre enkeltuker resten av året. Nemnda finner etter dette at 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.

Nemnda må etter dette ta stilling til hvorvidt behovet for merarbeidet har bortfalt i tråd med arbeidsgivers anførsler. 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.»

Slik denne saken er opplyst har nemnda kommet til at arbeidsgiver ikke i tilstrekkelig grad har dokumentert at behovet for merarbeid var bortfalt eller kom til å falle bort i nær fremtid. Nemnda finner det sannsynlig at noe av behovet for merarbeid kan ha falt bort i forbindelse med omorganiseringen som er foretatt i B kommune. Det er imidlertid etterspurt dokumentasjon på merarbeidsbruken i kommunen samt informasjon om hvor stor overkapasitet det er av ansatte, noe kommunen har valgt å ikke fremlegge. Nemnda har derfor ikke grunnlag for å vurdere hvor stor andel av merarbeidsbehovet som eventuelt har bortfalt. På bakgrunn av manglende dokumentasjon finner nemnda etter dette at A har rett til stilling tilsvarende faktisk arbeidstid i beregningsperioden.

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. 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 1078,5 timer utover avtalt arbeidstid i beregningsperioden, noe som tilsvarer en stillingsprosent på 64,64. Samlet utgjør dette en stilling på 82,72 prosent.

Konklusjon

Arbeidstaker har rett til økning av sin stilling med en stillingsprosent på 64,64.

Tvisteløsningsnemnda

Anne Marie Due
leder

20.10.2017

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).