

VEDTAK NR 180/16 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Tvisteløsningsnemnda avholdt møte fredag 11. november 2016.

Ved behandlingen av saken var tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Anne Marie Due, leder
Silje Hassellund Solberg, LO
Gry Brandshaug Dale, KS

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 som fagarbeider kokk i stilling på 12,31 prosent ved B sykehjem, B kommune.

Den 28. januar 2015 fremsatte A med grunnlag i arbeidsmiljøloven § 14-4 a krav om stillingsutvidelse på grunnlag av utført merarbeid de siste 12 måneder.

Dokumentasjonen arbeidsgiver har fremlagt for nemnda viser at A har arbeidet 783 timer utover sin faste stilling i perioden fra og med 28. januar 2014 til og med 27. januar 2015. Partene er enige om at 338,5 av merarbeidstimene er relatert til oppdekking av vakter for tre langtidssykemeldte arbeidstakere som nå er tilbake i jobb, og at disse derfor må trekkes fra i beregningsgrunnlaget fordi behovet ikke lenger foreligger. Tvisten går derfor ut på hvorvidt A har rett til utvidet stilling tilsvarende 445 timer per år. Full stilling utgjør 1846 timer brutto per år.

Kravet ble endelig avslått av B kommune i brev datert 12. mars 2015, mottatt av arbeidstaker 17. mars 2015.

Saken ble brakt inn for tvisteløsningsnemnda ved brev poststempelt 14. april 2015. Overfor nemnda har begge parter fått anledning til å komme med utfyllende merknader i saken.

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidstaker:

- 14. april 2015
- 22. mai 2015

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev av 26. mai 2015
- e-post av 18. februar 2016

Arbeidstakers anførsler

A anfører i det vesentligste:

Merarbeidet er utført jevnlig i beregningsperioden. Merarbeidstimene utført i forbindelse med de tre langtidssykemeldingene kan trekkes fra, men det øvrige merarbeidet i perioden gir rett til utvidet stilling etter arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Arbeidsgivers anførsler

B kommune anfører i det vesentligste:

Behovet for merarbeid er ikke lenger til stede, da arbeidet skyldes oppdekking av vakter for tre arbeidstakere som har vært langtidssykemeldt, samt arbeid grunnet andre arbeidstakeres avvikling av ferie og avspasering.

Kjøkkenet får videre overtallighet tilsvarende 47,33 prosent stilling fra 1. september 2015. Det må da nedbemannes tilsvarende. Overtalligheten skyldes at en arbeidstaker fra et annet kommunalt sykehjem som nå er nedlagt har blitt omplassert til B sykehjem.

Videre er kommunen i en generell nedbemanningssituasjon der det skal nedbemannes med minst 40 årsverk innen januar 2016. Kommunen er i ROBEK-registeret.

Tvisteløsningsnemndas 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).

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.

A fremsatte sitt krav for arbeidsgiver 28. januar 2015. Nemnda legger til grunn at siste dag i tolv månedersperioden er dagen forut for at saken ble fremmet. Den relevante perioden i denne saken er dermed fra 28. januar 2014 til 27. januar 2015.

Dokumentasjonen i saken viser at A i beregningsperioden har arbeidet 783 timer utover avtalt arbeidstid. Opptjent stillingsøkning må etter nemndas oppfatning beregnes med utgangspunkt i brutto årstimetall i full stilling fratrukket ferie, i dette tilfellet 1668,5 timer. A sitt merarbeid på 445 timer tilsvarer derfor en stillingsprosent på 26,67.

Det er ikke anført at merarbeidet ikke er utført jevnlig. På bakgrunn av sakens dokumenter er nemnda enig i at jevnlighetsvilkåret i arbeidsmiljøloven § 14-4 a er oppfylt.

Det avgjørende for nemnda blir etter dette i hvilken grad behovet for A sitt merarbeid ikke lenger foreligger, § 14-4 a (1). Det er opp til arbeidsgiver å dokumentere dette. Hva som skal til for at behovet for merarbeid ikke lenger anses å foreligge, er ikke nærmere definert i loven.

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.

I nærværende sak er partene enige om at behovet for 255 av merarbeidstimene ikke lenger foreligger, da disse ble utført i vakter tilhørende tre langtidssykemeldte arbeidstakere som på avslagstidspunktet var tilbake i arbeid. Slik saken er opplyst, legger også nemnda dette til grunn.

Arbeidsgiver har imidlertid anført at også behovet for den resterende delen av merarbeidet, 445 timer, har bortfalt. Begrunnelsen er at dette arbeidet er relatert til ekstravakter ved andre ansattes avvikling av ferie og avspasering, at det ikke lenger er vakante vakter ved kjøkkenet, samt at kjøkkenet ville få en overtallighetssituasjon fra september 2015.

I forarbeidene til arbeidsmiljøloven § 14-4 a, Prop. 83 L (2012-2013) punkt 4.4.4.5, uttaler departementet blant annet følgende om bortfalt behov ved nedbemanning:

«..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 finner det ikke tilstrekkelig dokumentert at det på avslagstidspunktet var sannsynlig at behovet for A sitt merarbeid i nær fremtid ville bortfalle som følge av omplasseringer/overtallighet.

Det følger da av arbeidsmiljøloven § 14-4 a at arbeidstaker har rett til stilling tilsvarende det resterende av den faktiske arbeidstiden i tolvårsperioden. Slik nemnda forstår lovens forarbeider, skal nemnda ved fastsettelsen av ny stillingsprosent i utgangspunktet komme frem til hvor stor stillingsprosent det samlede merarbeidet utgjør på årlig basis, uten hensyntaken til variasjoner fra måned til måned. Det følger imidlertid også av forarbeidene at en slik metode ikke skal følges slavisk. Departementets opprinnelig forslag om at man skulle beregne den deltidsansattes gjennomsnittlige arbeidstid i tolvårsperioden, ble forlatt etter høringsrunder, 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 perioder med svært mye 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.

Dokumentasjonen i saken viser at det i beregningsperioden har vært til dels store variasjoner i mengden merarbeid, og at mer enn halvparten av de omtvistede merarbeidstimene er utført for å dekke opp for ansatte i ordinær ferieavvikling. Nemnda er av den oppfatning at en del av merarbeidstimene ikke er et uttrykk for kommunens stabile og varige behov for A's merarbeid, og derfor ikke kan gi full uttelling i beregningen.

Etter en skjønnsmessig vurdering basert på de ovennevnte momenter, fastsetter nemnda at merarbeidet gir arbeidstaker rett til økning av sin stilling tilsvarende 10 prosent.

Konklusjon

Arbeidstaker har etter arbeidsmiljøloven § 14-4 a rett til økning av sin med en stillingsprosent på 10.

Tvisteløsningsnemnda

Anne Marie Due
leder

Oslo, 15.11.2016

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).