

VEDTAK NR 157/17 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Twisteløsningsnemnda avholdt møte onsdag 21. juni 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 var opprinnelig fast ansatt som sykepleier i stilling på 36,5 prosent ved X avlastnings- og omsorgsbolig i B kommune. Etter omplassering i kommunen arbeidet hun fra og med november 2014 i midlertidige kontrakter på mellom 50 og 67,6 prosent ved Rus- og psykiatritjenesten. Fra og med 1. november 2016 fikk hun fast ansettelse som sykepleier ved samme tjenestested i stilling på 50 prosent.

Den 4. januar 2017 fremsatte A krav om stillingsutvidelse tilsvarende 90 prosent på grunnlag av utført merarbeid de siste 12 måneder, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

B kommune innvilget søknaden delvis i brev datert 24. januar 2017 med tilbud om stillingsutvidelse tilsvarende 23 prosent. Begrunnelsen for delvis innvilgelse av kravet var at det ble gjort fratrekk for merarbeid utført i perioden 4. april 2016 til 30 april 2016 hvor arbeidstaker ikke hadde noen arbeidsavtale eller avtalt arbeidstid.

Uenigheter vedrørende beregningsmåten og tidspunkt for tiltredelse i utvidet stilling ble behandlet i drøftingsmøte mellom partene den 15. og 20. februar 2017, uten at partene kom til enighet.

Dokumentasjon partene har fremlagt for nemnda viser at A har arbeidet 465 timer utover sin faste stilling i perioden 4. januar 2016 til 3. januar 2017. Det er opplyst at full stilling utgjør 1846 timer per år.

A har i beregningsperioden arbeidet etter følgende avtaler:

15. september 2014 - 3. april 2016: 50 prosent stilling
1. mai 2016 - 4. januar 2017: 67,6 prosent stilling

Saken ble brakt inn for tvisteløsningsnemnda ved e-post av 26. februar 2017. Overfor nemnda har begge parter fått anledning til å komme med utfyllende merknader i saken.

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidstaker:

- brev av 22. februar 2017
- e-post av 27. mars 2017
- e-post av 17. mai 2017
- e-post av 19. mai 2017

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev av 11. april 2017
- e-post av 13. juni 2017

Arbeidstakers anførsler

A anfører i det vesentligste at hun har krav på en større stillingsutvidelse enn det som er tilbudt av arbeidsgiver. Det foreligger ikke grunnlag for å holde merarbeidstimene i april 2016 utenfor grunnlaget for stillingsutvidelse. Dette fordi hun arbeidet etter oppsatt turnus i den aktuelle perioden, og fordi hun har hatt fast stilling i kommunen siden 2010. Ved beregningen

av utvidet stillingsprosent må det videre trekkes fra 5 uker ferie og bevegelige helligdager. Etter korrigering for en periode med vikariat utgjør hennes krav fast stilling tilsvarende 82,5 prosent.

Arbeidsgivers anførsler

B kommune opprettholder begrunnelsen for avslaget og anfører at deler av behovet for merarbeid er bortfalt. Dette som følge av at vakante stillinger i tidligere turnus har blitt besatt, og bemanningen er fullt dekket i ny turnus.

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.

Frist for å bringe saken inn for tvisteløsningsnemnda er fire uker etter at arbeidsgivers skriftlige avslag er kommet frem til arbeidstaker, jf. forskrift om tvisteløsningsnemnd etter arbeidsmiljøloven § 4 (1). Arbeidstaker har opplyst at arbeidsgivers avslag ble mottatt 31. januar 2017. Saken ble oversendt tvisteløsningsnemnda i e-post den 26. februar 2017, og anses dermed som rettidig fremsatt.

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 beregnes med utgangspunkt i det tidspunkt arbeidstaker fremmet sitt krav.

A fremsatte sitt krav for arbeidsgiver 4. januar 2017. Nemnda legger til grunn at siste dag i beregningsperioden er dagen forut for at kravet ble fremmet for arbeidsgiver. Den relevante perioden i denne saken er dermed 4. januar 2016 til 3. januar 2017.

Uenigheten mellom partene i denne saken gjelder hvilket merarbeid som skal inngå i beregningsgrunnlaget for stillingsutvidelse, og hvorvidt deler av behovet for merarbeid har bortfalt.

Arbeidsgiver har begrunnet sitt tilbud om stillingsutvidelse med at timer arbeidet i april 2016 må holdes utenfor beregningen, da arbeidstaker ikke hadde avtalt arbeidstid i denne perioden. Det er imidlertid opplyst fra begge parter at arbeidstaker i mangel av ny arbeidsavtale likevel ble satt inn i turnus den aktuelle perioden. Nemnda legger til grunn at arbeid etter oppsatt turnus må anses som avtalt arbeidstid, og at alt arbeid utover dette, da må anses som merarbeid i perioden.

Dokumentasjonen som er forelagt nemnda viser at A har arbeidet 465 timer utover sin faste stilling i beregningsperioden. I vurderingen av timeantallet som danner grunnlag for stillingsutvidelse har nemnda trukket fra timer som skyldes forskjøvet arbeidstid og lønnede

permisjoner, da dette ikke kan anses som merarbeid i henhold til arbeidsmiljøloven § 14-4 a. Det samme gjelder merarbeid opparbeidet i timebank, da timene senere er avspasert.

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 465 timer tilsvarer derfor en stillingsprosent på 27,87 prosent.

Det er ikke anført at merarbeidet ikke har vært utført jevnlig, men nemnda må likevel prøve om vilkårene for stillingsutvidelse er oppfylt. Kriteriet byr på en konkret skjønnsmessig vurdering.

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.

Nemnda har etter en konkret skjønnsmessig vurdering kommet til at merarbeidet er utført jevnlig i lovens forstand. 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. Merarbeidet fremstår dermed etter en helhetsvurdering som en etablert praksis som oppfylder lovens krav.

Arbeidsgiver har videre anført at deler av behovet for merarbeid er bortfalt, som følge av tidligere vakante vakter i turnusen har blitt dekket etter at stillingen har blitt besatt.

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.»

Etter en konkret helhetsvurdering har nemnda kommet til at arbeidsgiver har dokumentert delvis bortfall av behovet for merarbeid. Tidligere vakanser har blitt besatt, og medført at ny turnus er fullt dekket. Dette må etter nemndas vurdering i tilstrekkelig grad underbygge at deler av behovet for merarbeid har bortfalt.

Timelistene for beregningsperioden viser at det er utført 116,75 timer som vikar i vakante stillinger under beregningsperioden. Etter fradrag for disse timene tilsvarer As merarbeid en stillingsprosent på 20,87 prosent. A har blitt tilbudt en utvidet stilling tilsvarende 23 prosent og har dermed ikke krav på ytterligere stillingsutvidelse.

Konklusjon

Arbeidstaker gis ikke medhold.

Tvisteløsningsnemnda

Anne Marie Due
leder

27.06.2017

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).