

VEDTAK NR 19/17 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Tvisteløsningsnemnda avholdt møte mandag 23. januar 2017.

Ved behandlingen av saken var tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Steffen G. Rogstad, nestleder
Tore Trygve Dahlstrøm, Unio
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 er fast ansatt som fagarbeider i stilling på 72 prosent i B kommune ved B Bo og rehabilitering.

Den 30. juni 2015 fremsatte A krav om stillingsutvidelse til 90 prosent med grunnlag i utført merarbeid de siste 12 måneder, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Arbeidsgiver avsto kravet delvis i brev datert 11. september 2015. Arbeidsgiver tilbød en stillingsøkning til 80 prosent med begrunnelsen om at timer jobbet i et svangerskapsvikariat ble holdt utenfor i beregningen. Det foreligger ikke noen skriftlig kontrakt på dette vikariatet.

Etter at saken ble brakt inn til nemnda, foretok arbeidsgiver en ny vurdering, og inkluderte timene fra vikariatet, og tilbød arbeidstaker i brev av 31. oktober 2015 en stillingsøkning til stilling på 87 prosent. Arbeidstaker avsto dette, og krever stilling på 100 prosent.

Timelister forelagt nemnda viser at A har arbeidet 345,83 timer utover sin faste stilling i perioden 30. juni 2014 til 29. juni 2015. Full stilling utgjør 1846 timer per år.

Saken ble brakt inn for tvisteløsningsnemnda ved brev av 5. oktober 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 5. oktober 2015
- brev av 31. oktober 2015
- e-post av 4. november 2015
- e-post av 30. november 2015
- e-post av 18. april 2016
- e-post av 31. mai 2016

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev av 2. november 2015
- brev av 27. november 2015
- brev av 16. juni 2016
- brev av 28. november 2016

Arbeidstakers anførsler

A anfører i det vesentligste:

Hennes merarbeid viser et stabilt behov som gir henne rett til utvidet stilling tilsvarende faktisk arbeidstid, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a. Hun er ikke enig i kommunens vurdering, og mener hun har krav på stillingsutvidelse til 100 prosent, da kommunen har en plan om å kun ha 60, 80 og 100 prosent stillinger.

Arbeidsgivers anførsler

B kommune anfører i det vesentligste:

Arbeidsgiver bestrider ikke at A har rett til stillingsøkning men mener at hun har krav på utvidelse med 13 prosent. Flere av vaktene var del av et svangerskapsvikariat for en sykepleierstilling. Arbeidsgiver holder disse vaktene utenfor ved beregning av ny stillingsprosent, da arbeidstaker ikke er kvalifisert for disse vaktene. Det er også holdt utenfor timer som er lagt til i timebank, og ekstravakter angitt som økt pleiebehov. Antall timer merarbeid som blir lagt til grunn i vurderingen er 218,5 timer.

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

A fremsatte sitt krav for arbeidsgiver 30. juni 2015. Nemnda legger til grunn at siste dag i tolvmånedersperioden er dagen forut for at kravet ble fremsatt for arbeidsgiver. Den relevante perioden i denne saken er dermed fra 30. juni 2014 til 29. juni 2015.

Dokumentasjonen i saken viser at A har arbeidet 345,83 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 345,83 timer tilsvarer dermed en stillingsprosent på 20,73.

Arbeidsgiver har ikke bestridt at A har rett til stillingsutvidelse, men har anført at noe av behovet for merarbeid er bortfalt, og har holdt disse timene utenfor ved beregning av ny stillingsprosent. Videre har arbeidsgiver anført at merarbeidet som ble utført i et svangerskapsvikariat for en sykepleier ikke skal tas med i beregningen, da arbeidstaker ikke er kvalifisert for disse vaktene, samt vakter som er lagt i timebank.

Dokumentasjonen i saken viser at A har utført merarbeid hver måned i beregningsperioden. Selv om det foreligger variasjoner i antall merarbeidstimer per måned er nemnda av den oppfatning at A jevnlig har arbeidet utover avtalt arbeidstid i den aktuelle perioden. Merarbeidet fremstår på denne bakgrunn som en etablert praksis som oppfyller kravene i arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Det følger av bestemmelsen at arbeidstaker har rett til stilling tilsvarende faktisk arbeidstid i tolvmånedperioden. 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, da det bør «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.

Når det gjelder timer fra vakter som krever sykepleierkompetanse må disse tas ut ved beregningen av stillingsstørrelsen da A ikke har de nødvendige kvalifikasjoner for slikt merarbeid. Ved vurderingen av timeantallet har nemnda også lagt til grunn at merarbeid som er gått til timebank og senere avspasert, ikke kan inngå i beregningen da dette ikke kan anses som arbeid utover den faste arbeidstiden i den aktuelle perioden.

Arbeidsgiver har videre anført at ekstravakter som er utført pga. økt pleiebehov også skal holdes utenfor i vurderingen, da det ikke er et vedvarende behov ved avdelingen. Etter en konkret helhetsvurdering har nemnda kommet frem til at arbeidsgiver ikke i tilstrekkelig grad har dokumentert bortfall av behovet for merarbeid. Nemnda kan ikke se at arbeidsgiver har fremlagt dokumentasjon som er tilstrekkelig konkret eller som viser at det kan medføre redusert behov for merarbeid på avdelingen. Ut fra sakens opplysninger, fastsetter nemnda derfor arbeidstakers nye stillingsprosent til 87.

Konklusjon

A har rett til økning av sin stilling med en stillingsprosent på 15.

Tvisteløsningsnemnda

Steffen G. Rogstad
nestleder

Oslo, 24.01.2017

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).