

VEDTAK NR 81/17 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Twisteløsningsnemnda avholdt møte tirsdag 21. mars 2017.

Ved behandlingen av saken var tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Steffen Rogstad, nestleder
Gry Brandshaug Dale, KS
Tore Dahlstrøm, Unio

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 i dag fast ansatt som pleiemedarbeider i stilling på 14,32 prosent i B kommune ved X sykehjem. A gikk opp fra 13,85 prosent stilling til 14,32 prosent fra og med 13. juni 2016. A har hatt et vikariat fra og med 12. februar 2016 på 61,92 prosent.

Den 31. mars 2016 fremsatte A krav om stillingsutvidelse med grunnlag i utført merarbeid de siste 12 måneder, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Arbeidsgiver avslo søknaden og avslaget/uenighetsprotokoll ble signert 26. april 2016. Avslaget var begrunnet med at behovet for merarbeid var bortfalt.

Vaktoversikt forelagt nemnda viser at A har arbeidet 1239,38 timer utover sin faste stilling i perioden 31. mars 2015 til 30. mars 2016. Full stilling utgjør 1846 timer per år.

Saken ble brakt inn for tvisteløsningsnemnda ved brev mottatt 11. mai 2016.

Overfor nemnda har begge parter fått anledning til å komme med utfyllende merknader i saken.

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidstaker:

- brev mottatt 11. mai 2016
- brev mottatt 8. juni 2016
- brev mottatt 1. juli 2016
- e-post av 7. mars 2017

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev datert 6. juni 2016
- e-post av 15. mars 2017
- tre eposter av 17. mars 2017

Arbeidstakers anførsler

A anfører i det vesentligste at merarbeidet viser et stabilt behov som gir rett til utvidet stilling tilsvarende faktisk arbeidstid, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a. Videre har B kommune et sykefravær på ca. 10 prosent, slik at de fortsatt vil ha behov for merarbeid.

Arbeidsgivers anførsler

B kommune anfører i det vesentligste at behovet for merarbeid har bortfalt etter at flere har fått økt stilling. X har i løpet av 2015 og 2016 økt med 4,6 årsverk. I tillegg vil ny turnus gi en reduksjon av behov for ekstravakter. Arbeidsgiver trekker fra timer etter avtalt vikariat, ferievikariat og sykepleiervakter i beregningen av merarbeid.

Tvistløsningsnemndas 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 31. mars 2016, og den påberopte opptjeningsperioden i denne saken er dermed fra 31. mars 2015 til 30. mars 2016.

Uenigheten mellom partene i denne saken er om behovet for merarbeid har bortfalt. Videre har arbeidstaker anført at merarbeidet har vært utført jevnlig i bestemmelsens forstand. Kriteriet byr på en konkret og skjønnsmessig vurdering som i første instans vil være overlatt til tvisteløsningsnemnda, der partene ikke selv blir enige.

Nemnda tar først stilling til jevnlighetsvilkåret.

Det fremkommer av bestemmelsens forarbeider (Prop. 83 L for 2012-1013) 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 opptjeningsperioden, 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 opptjeningsperioden 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 vært et opphold har ekstraarbeidet vært tilstrekkelig jevnt fordelt utover året. Nemnda viser til at A har hatt ekstravakter hver måned i beregningsperioden, bortsett fra juli hvor arbeidstaker har avvirket tre uker ferie og arbeidet etter ferievikaravtale. Merarbeidet fremstår dermed etter en helhetsvurdering som en etablert praksis som oppfyller lovens krav.

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.

Arbeidsgiver har anført at behovet for merarbeid har bortfalt ettersom flere har fått økt sine stillinger etter arbeidsmiljøloven § 14-4 a. Ny turnus vil gi en reduksjon av behov for ekstravakter. I tillegg er merarbeidstimene etter 12. februar 2016 i hovedsak knyttet til et vikariat. Arbeidstaker anfører at sykefraværet i kommunen er over 9 prosent og at det dermed fortsatt er behov for merarbeid.

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 har sannsynliggjort i tilstrekkelig grad at behovet for merarbeid har bortfalt. Arbeidsgiver har opplyst at flere har fått økt sine stillinger, men arbeidstaker har opplyst at sykefraværet fortsatt er høyt.

Etter fratrekk for timer etter ferievikaravtale, vikariat og sykepleiervakter som arbeidstaker ikke er kvalifisert for, så viser dokumentasjon i saken at A har utført 858,03 merarbeidstimer i beregningsperioden. 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. En full stilling er oppgitt å være 1846 timer brutto per år, noe som tilsier en netto årlig arbeidstid på 1668,5 timer når ferie trekkes fra. Det utførte merarbeidet tilsvarer dermed en stillingsprosent på 51,43.

Konklusjon

A har rett til økning av sin stilling med en stillingsprosent på 51,43.

Tvisteløsningsnemnda

Steffen Rogstad
nestleder

Oslo, 22.03.2017

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).