

VEDTAK NR 165/17 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Tvisteløsningsnemnda avholdt møte torsdag 29. juni 2017

Ved behandlingen av saken var tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Sigrun Sagedahl, 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 helsefagarbeider i stilling på 20,89 prosent ved Omsorgssenter øst i B kommune.

Den 25. januar 2017 fremsatte A krav om stillingsutvidelse på grunnlag av utført merarbeid de siste 12 måneder, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Vaktoversikt forelagt nemnda viser at A har arbeidet 851,25 timer utover avtalt arbeidstid i perioden 25. januar 2016 til 24. januar 2017. Av disse er 106 timer arbeidet i vakter for sykepleierstillinger. Full stilling utgjør 1846 timer per år.

Saken ble brakt inn for tvisteløsningsnemnda ved brev datert 14. mars 2017.

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

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidstaker:

- brev datert 14. mars 2017
- e-post av 27. april 2017

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev datert 6. april 2017
- brev datert 10. mai 2017

Arbeidstakers anførsler

A anfører i det vesentligste at merarbeidet viser et stabilt behov som gir henne rett til utvidet stilling tilsvarende faktisk arbeidstid, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Arbeidsgivers anførsler

B kommune anfører i det vesentligste at behovet for merarbeidet har bortfalt. Kommunen etablerte Ressursenhet omsorgssentre i 2014 for å ha en stående avdeling av fast ansatte som kunne dekke inn fravær i etaten. Avdelingen ble oppbemannet i september 2015 og i september 2016. Ressursenheten dekket 25 prosent av etatens merarbeidsbehov i januar til mars 2016, og 52 prosent i tilsvarende periode i 2017. I tillegg har sykefraværet i etaten sunket fra 15,8 prosent i 2015 til 13,3 prosent i 2016 og 12,8 prosent i 2017. Samlet sett viser dette at behovet for merarbeidet ikke lenger foreligger. Endelig har A arbeidet flere vakter for sykepleiere, og disse merarbeidstimene skal ikke regnes med i en eventuell stillingsutvidelse.

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). I henhold til forskrift om tvisteløsningsnemnd etter arbeidsmiljøloven § 2 settes nemnda med nestleder 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 25. januar 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 25. januar 2016 til og med 24. januar 2017.

Arbeidsgiver har ikke anført at merarbeidet ikke er jevnlig utført, men nemnda må likevel ta stilling til om vilkåret er oppfylt.

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.

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 merarbeid for sykepleierstillinger ikke tas med i vurderingen, har ekstraarbeidet vært tilstrekkelig jevnt fordelt utover året. Merarbeidet fremstår dermed etter en helhetsvurdering som en etablert praksis som oppfylder lovens krav. Nemnda har etter dette kommet til at A fyller kravene i § 14-4 a.

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 når det ses bort fra vakter i sykepleierstillinger, har A arbeidet 745,25 timer utover avtalt arbeidstid i beregningsperioden. Dette tilsvarer en stillingsandel på 44,67 prosent.

Det følger imidlertid av forarbeidene at en slik metode ikke skal følges slavisk, 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 en 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 svært intense perioder med 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 opptjeningsperioden har vært noe variasjon i mengden merarbeid. Slik nemnda vurderer denne saken er september måned i 2016, ikke representativ for arbeidsgivers stabile og varige behov for As merarbeid. Hun kan derfor ikke få full uttelling for arbeidet i denne måneden ved fastsettelsen av ny stillingsprosent.

Etter en skjønnsmessig vurdering basert på de overnevnte momenter, finner flertallet at merarbeidet gir arbeidstaker rett til økning av sin stilling med en stillingsandel tilsvarende 42 prosent.

Arbeidsgiver har anført at behovet for merarbeidet ikke lenger foreligger som følge av nyansettelser og redusert sykefravær.

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.

Slik nemnda vurderer dokumentasjonen fra arbeidsgiver, kan den ikke se at arbeidsgiver har dokumentert at behovet for merarbeidet ikke lenger foreligger. Til tross for oppbemanning og nyansettelser er dekningsgraden fortsatt ikke høyere enn 52 prosent. Etter nemndas syn viser dette at det stadig er stort behov for merarbeid i etaten. Nemnda kan derfor ikke se at behovet for As merarbeid har bortfalt på dette grunnlaget. På samme måte kan heller ikke det reduserte sykefraværet føre til at behovet for merarbeidet ikke lenger foreligger.

Konklusjon

A har rett til en økning av sin stilling med en stillingsprosent på 42.

Tvisteløsningsnemnda

Sigrun Sagedahl
nestleder

30.06.2017

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).