

VEDTAK NR 79/17 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Tvisteløsningsnemnda 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

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 assistent i stilling på 23,59 prosent i B kommune ved X sykehjem.

Den 14. mars 2015 fremsatte A krav om stillingsutvidelse på grunnlag av utført merarbeid de siste 12 måneder, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Arbeidsgiver avslo søknaden i brev datert 8. april 2016. Avslaget var begrunnet med at behovet for merarbeidet ikke lenger forelå, og videre at hun som ufaglært ikke har hatt selvstendig ansvar og alltid har gått vakt med en fagperson. På bakgrunn av det siste mente kommunen at en stillingsutvidelse ville føre til at bemanning ikke ville være faglig forsvarlig.

Vaktoversikt forelagt nemnda viser at A har arbeidet 1324 timer utover avtalt arbeidstid i perioden 14. mars 2015 til 13. mars 2016. Full stilling utgjør 1846 timer per år.

Saken ble brakt inn for tvisteløsningsnemnda ved brev av 3. 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 datert 4. mai 2016
- brev datert 7. juni 2016
- brev datert 17. mars 2017

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev datert 13. februar 2017
- e-post av 21. mars 2017

Arbeidstakers anførsler

A anfører i det vesentligste at hun har rett til stilling tilsvarende faktisk arbeidstid. Hun har rutinemessig gått nattevakter som eneste ansatt på avdelingen. Det har ikke skjedd noen endringer i brukersammensetningen siden kravet ble fremmet.

Arbeidsgivers anførsler

B kommune anfører i det vesentligste at behovet for merarbeidet ikke lenger forelå da kravet ble avslått fordi det er utført i stillinger som er holdt vakante i påvente av omorganisering og nedbemanning i kommunen. Mer konkret anfører kommunen at det ikke lenger foreligger et behov for 77,95 merarbeidstimer fordi dette merarbeidet var knyttet til en særlig ressurskrevende bruker. Videre mener kommunen at en stillingsutvidelse vil føre til at bemanningen ikke vil være faglig forsvarlig.

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

Arbeidstaker fremsatte sitt krav for arbeidsgiver 14. mars 2016. 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 14. mars 2015 til og med 13. mars 2016.

Partene er ikke uenige i hvorvidt 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 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 langt utover det sporadiske. Nemnda viser til at A har hatt ekstravakter hver uke i beregningsperioden og ekstraarbeidet har hatt tilstrekkelig omfang, hyppighet og stabilitet i tolv månedersperioden. Merarbeidet fremstår dermed etter en helhetsvurdering som en etablert praksis som oppfyller lovens krav. Nemnda har etter dette kommet til at A fyller kravene i § 14-4 a.

Det følger da av bestemmelsen at arbeidstaker har rett til stilling tilsvarende faktisk arbeidstid i tolv månedersperioden.

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 A har arbeidet 1324 timer utover avtalt arbeidstid i beregningsperioden, tilsvarende en stillingsprosent på 79,35.

B kommune har anført at bemanningen på sykehjemmet ikke vil være faglig forsvarlig dersom A får stillingsutvidelse, og nevner at hun blant annet aldri har hatt selvstendig ansvar og alltid har gått vakt sammen med en fagperson. Kommunen har ikke inngitt dokumentasjon til støtte for anførselen eller redegjort nærmere for dette. A har bestridt påstanden om at hun aldri har hatt selvstendig ansvar, og viser til at hun rutinemessig har gått nattevakter alene med mulighet for å konsultere en fagperson på en annen avdeling. Arbeidsgiver har ikke bestridt dette.

Nemnda kan ikke se at arbeidsgiver har redegjort tilstrekkelig for hvorfor bemanningen ikke vil være forsvarlig dersom A får stillingsutvidelse. Som vist over arbeidet hun i beregningsperioden tilsvarende en stilling på mer enn 100 prosent. I mangel av utfyllende opplysninger fra arbeidsgiver legger nemnda til grunn at avdelingen var forsvarlig bemannet i beregningsperioden. Nemnda antar i mangel av andre opplysninger at en stillingsutvidelse ikke vil føre til at dette endrer seg.

Videre mener kommunen at behovet for merarbeidet ikke lenger foreligger fordi merarbeidet har vært utført i stillinger som har vært holdt vakante i forbindelse med omorganisering og nedbemanning. Kommunen har ikke inngitt dokumentasjon til støtte for anførselen eller redegjort nærmere. I fravær av en konkret redegjørelse for situasjonen på avdelingen, kan nemnda ikke se at anførselen kan føre frem.

I sitt tilsvarende svar har kommunen anført at 77,95 merarbeidstimer er knyttet til merarbeid for en spesielt ressurskrevende bruker, og at det ikke lenger er behov for dette merarbeidet. Dette er bestridt av arbeidstaker, som opplyser at sykehjemmet har de samme brukerne nå som da kravet ble fremsatt. Dette er ikke imøtegått av arbeidsgiver, og nemnda kan på bakgrunn av dette ikke se at arbeidsgiver har dokumentert at behovet for dette merarbeidet ikke lenger forelå da kravet ble avslått.

Nemnda har kommet til at A har rett til stillingsutvidelse tilsvarende en stillingsandel på 79,35 prosent.

Konklusjon

Arbeidstaker har rett til økning av sin stilling med en stillingsprosent på 79,35, dog slik at ny stilling ikke kan overstige 100 prosent.

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).