

VEDTAK NR 115/17 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Twisteløsningsnemnda avholdt møte onsdag 26. april 2017.

Ved behandlingen av saken var tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Anne Marie Due, leder
Tore Trygve Dahlstrøm, Unio
Gry Brandshaug Dahle, KS

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 fast ansatt som helsefagarbeider i stilling på 33 prosent ved X sykehjem i B kommune. Hun fikk utvidet sin faste stilling fra 12,68 prosent til 33 prosent fra 1. mai 2015.

Den 19. januar 2016 fremsatte A krav om stillingsutvidelse til 79 prosent på grunnlag av utført merarbeid de siste 12 måneder, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Arbeidsgiver avsto søknaden delvis i møte den 4. april 2016, hvor det ble tilbud en stillingsutvidelse tilsvarende 9 prosent. Avslaget var begrunnet med at behovet for merarbeid var sterkt redusert.

Timeoversikt forelagt nemnda viser at A har arbeidet 844 timer utover avtalt arbeidstid i perioden 19. januar 2015 til 18. januar 2016. Full stilling utgjør 1846 timer per år.

Saken ble brakt inn for tvisteløsningsnemnda ved brev poststempelt 21. april 2016. Overfor nemnda har begge parter fått anledning til å komme med utfyllende merknader i saken.

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidstaker:

- brev av 21. april 2016
- brev av 19. mai 2016
- brev av 1. juni 2016
- e-post av 24. april 2017

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev av 11. mai 2016
- e-post av 31. mars 2017
- e-post av 28. april 2017

Arbeidstakers anførsler

A anfører i det vesentligste at merarbeidet er utført jevnlig, og viser et stabilt behov som gir henne rett til utvidet stilling tilsvarende faktisk arbeidstid, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a. Perioden med mindre merarbeid skyldes permisjon i forbindelse med nasjonal fagprøve for godkjenning som sykepleier. Sykefraværet er stabilt høyt, og det er ingenting som tilsier at X eller andre institusjoner i B kommune vil ha et redusert behov for arbeidskraft.

Arbeidsgivers anførsler

B kommune anfører i det vesentligste at behovet for merarbeid er vesentlig redusert. Under en omorganisering i 2014/2015 ble tunge brukere fra skjermede avdelinger flyttet til et annet sykehjem. Bemanningen ble redusert i tråd med dette. Omorganiseringen medførte høyere sykefravær som midlertidig krevde høyere bruk av ekstravakter.

Videre har grunnturnusen blitt utvidet med 3,08 årsverk, og det er lagt opp til at deler av korttidsfraværet kan dekkes uten ekstra innleie av arbeidskraft. Det er allerede utvidet med 5,83 årsverk som følge av arbeidsmiljøloven § 14-4 a ved sykehjemmet.

Arbeidstaker er tilbudt en stillingsutvidelse tilsvarende 9 prosent, men har takket nei til tilbudet.

Tvistløsningsnemndas 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 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 19. januar 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 19. januar 2015 til og med 18. januar 2016.

Dokumentasjonen i saken viser at A har arbeidet 844 timer utover avtalt arbeidstid i beregningsperioden. Arbeidsgiver har dokumentert at 108 timer av As merarbeid har vært i vakter som krever kompetanse som sykepleier. Etersom sykepleierstillinger krever en annen kompetanse og autorisasjon enn helsefagarbeidere, finner nemnda at dette merarbeidet ikke kan inngå i grunnlaget for beregning av utvidet stillingsprosent, da dette arbeidet ikke er uttrykk for arbeidsgivers behov for en helsefagarbeiders merarbeid.

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 736 timer tilsvarer derfor en stillingsprosent på 44,10.

Uenigheten mellom partene i denne saken gjelder hvorvidt behovet for merarbeid er bortfalt.

Arbeidsgiver har 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. Nemnda viser til at A har hatt ekstravakter hver måned i beregningsperioden, med unntak av september 2015, da hun hadde permisjon fra sin stilling i forbindelse med gjennomføring av fagprøve for godkjenning som sykepleier. Nemnda kan ikke se at dette oppholdet er tilstrekkelig til å konkludere med at ekstraarbeidet ikke har hatt tilstrekkelig omfang, hyppighet og stabilitet i tolv månedersperioden. Merarbeidet fremstår dermed etter en helhetsvurdering som en etablert praksis som oppfyller lovens krav.

Arbeidsgiver har anført at behovet for merarbeid er bortfalt, som følge av omorganisering og etterfølgende utvidelse av bemanningen.

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. I vurderingen legges det særlig vekt på at bemanningen i grunnturnusen ved sykehjemmet har økt, samtidig som tynge brukere ved omorganiseringen ble overført til et annet sykehjem og dermed reduserte behovet for arbeidskraft. I tillegg har arbeidsgiver utvidet antallet årsverk med 5,83 som følge av krav etter arbeidsmiljøloven § 14-4 a. Endelig fikk arbeidstaker utvidet sin stilling med 20,32 prosent i løpet av beregningsperioden. Utvidelsen skyldtes ifølge arbeidsgiver «ledighet», noe som innebærer ytterligere redusert behov for merarbeid.

Arbeidsgiver har ikke angitt nærmere hvor stor del av behovet som har bortfalt. Arbeidsgiver har imidlertid tilbudt arbeidstaker en stillingsutvidelse på 9 prosent. Etter en skjønnsmessig vurdering fastsettes en økning med 10 prosent.

Konklusjon

A har rett til økning av sin stilling med 10 prosent.

Twisteløsningsnemnda

Anne Marie Due
leder

05.05.2017

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).