

VEDTAK NR 215/16 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Tvisteløsningsnemnda avholdt møte onsdag 14. desember 2016.

Ved behandlingen av saken var tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Anne Marie Due, leder
Vetle Wetlesen Rasmussen, YS
Gry Brandshaug Dale, KS

Saken gjelder

Tvist om rett til stilling for deltidsansatte tilsvarende faktisk arbeidstid etter arbeidsmiljøloven § 14-4 a

Arbeidstaker

A

Arbeidsgiver

B

Det ble truffet slikt vedtak:

Saksforhold

A er fast ansatt som miljøarbeider i 23,72 prosent stilling i B avdeling X. Hun ble ansatt i sin faste stilling den 12. mars 2012.

Den 28. januar 2015 fremsatte Delta på vegne av arbeidstaker krav om fast ansettelse under henvisning til arbeidsmiljøloven § 14-9, og den domstolskapte læren om grunnbemanning.

Arbeidstakers krav ble ikke besvart av arbeidsgiver.

Vaktoversikt forelagt nemnda viser at A har arbeidet 959 timer utover sin faste stilling og vikariater i perioden 7. juli 2014 til 6. juli 2015. Full stilling utgjør 1846 timer per år.

Arbeidstaker vikarierte i perioden 1. juni 2014 til 22. august 2014 for en navngitt person i 100 prosent stilling.

Saken ble brakt inn for tvisteløsningsnemnda ved brev av 26. juni 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 26. juni 2015
- brev av 6. juli 2015
- brev av 27. mai 2016
- e-post av 28. november 2016
- e-post av 9. desember 2016
- e-post av 12. desember 2016

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- e-post av 18. september 2015
- e-post av 20. september 2016
- e-post av 21. september 2016
- e-post av 16. november 2016

Arbeidstakers anførsler

Advokat Y anfører på vegne av A, at merarbeidet viser et stabilt behov som gir henne rett til utvidet stilling tilsvarende faktisk arbeidstid, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a. Hennes faste stillingsandel er lav, men hun har hele tiden jobbet i et omfang som tilsvarer 100 prosent stilling. Merarbeidet fortsatte i samme omfang også etter at kravet ble fremmet for arbeidsgiver.

Det har etter arbeidstakers syn ingen relevans hvordan merarbeidet er fordelt mellom vakante stillinger, ferievikar og sykevikar.

Det forhold at arbeidsgiver hadde vakanse i perioden under omstilling og nedbemanning, må etter arbeidstakers syn tale i favør av at hun må få utvidet sitt stillingsinnhold. Arbeidstakers merarbeid i 2015 og 2016 viser at behovet har vedvart.

Sykefraværet er en kjent størrelse og tilgjengelig statistikk fra SSB viser at sykefraværet innen sektoren var på 10,1 prosent siste kvartal av 2014.

Arbeidsgivers anførsler

B anfører i det vesentligste at tjenesten har vært igjennom en omstillingsprosess høsten 2014 hvor tjenesten ble redusert med 4,78 årsverk. Prosessen er gjennomført og vikarbruken ble derfor redusert ved årsskiftet i forhold til redusert antall årsverk.

Tjenesten har også vært igjennom en omstilling i 2015 hvor ca. 6,23 årsverk er blitt omgjort fra ufaglært til faglært. I den forbindelse har det vært mange vakante stillinger i forbindelse med nyrekruttering, og i påvente av oppstart av nytilsatte.

Sykefraværet innen bolig og dagtilbudavdelingen har gått radikalt ned fra 2014 etter en systematisk sykefraværsoppfølging hos de ansatte. Behovet for vikar er derfor synkende.

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).

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 28. januar 2015. Kravet ble imidlertid ikke fremmet med grunnlag i arbeidsmiljøloven § 14-4 a, om rett til stilling tilsvarende faktisk arbeidstid. Etter gjennomgang av sakens dokumenter finner nemnda at kravet om stilling tilsvarende faktisk arbeidstid først ble gjort kjent ved arbeidstakers oversendelse av saken til tvisteløsningsnemnda. Kravet må derfor anses fremmet først ved nemndas foreleggelse av tvisten for arbeidsgiver i brev av 7. juli 2015. Nemnda legger derfor til grunn at siste dag i tolvmånedersperioden er dagen forut for at kravet ble forelagt for arbeidsgiver. Den relevante perioden i denne saken er dermed fra 7. juli 2014 til 6. juli 2015.

Dokumentasjonen som er forelagt nemnda viser at A har arbeidet 959 timer utover avtalt arbeidstid i beregningsperioden. Interne bytter av vakter anses ikke som merarbeid, og inngår dermed ikke i beregningsgrunnlaget.

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 959 timer tilsvarer derfor en stillingsprosent på 57,47.

Dokumentasjonen i saken viser videre at A har utført merarbeid flere ganger hver måned i beregningsperioden, med unntak for perioden med uttak av egen ferie i august 2014. 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. Det legges også til grunn at det reduserte merarbeidet i juni og juli skyldes at arbeidstaker var tilsatt i et vikariat i 100% stilling fra 1. juni til 22. august 2014. Merarbeidet fremstår på denne bakgrunn som en etablert praksis som oppfyller kravene i arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Unigheten mellom partene i denne saken handler om hvorvidt behovet for merarbeidet er bortfalt som følge av nedbemanning og redusert sykefravær. Det avgjørende for nemnda blir etter dette om behovet for merarbeid ikke lenger foreligger, § 14-4 a (1). Det er opp til arbeidsgiver å dokumentere dette.

Arbeidsgiver har anført at tjenesten ble redusert med 4,78 årsverk som følge av at en bruker flyttet ut, en bruker døde og en ny bruker flyttet inn høsten 2014. Dette slik at behovet for vikarbruk ble redusert ved årsskiftet i forhold til redusert antall årsverk. Videre anføres det at kommunen i januar 2015 besluttet omstilling for å øke andel ansatte med helse- og sosialfaglig kompetanse og redusere antall ansatte uten formell kompetanse. Omstillingen ble igangsatt 1. februar 2015 og var ferdig høsten 2015. Omstillingen medførte at ca. 6,23 årsverk ble omgjort fra ufaglært til faglært. Arbeidsgiver har også vist til at sykefraværet innen bolig og dagtilbudavdelingen ved X gikk ned fra 2014 og fram til våren 2015.

Nemnda må derfor ta stilling til hvorvidt kommunen 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. I tråd med nemndas vurdering av tidspunktet for beregningsperioden, må utgangspunktet for nemndas vurdering av om behovet har bortfalt være situasjonen rett i etterkant av at saken ble forelagt for arbeidsgiver.

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.»

I sak 129/16 har nemndas flertall uttalt følgende om planlagte nedbemanninger på avslagstidspunktet:

«For at nedbemanningsplaner skal ha betydning i de konkrete sakene nemnda skal avgjøre, må de etter flertallets oppfatning ikke bare fremstå som målsetninger, men være konkrete og allerede under behandling på tidspunktet for arbeidsgivers avslag. Enn videre må den planlagte nedbemanningen redusere behovet for merarbeid i den avdelingen eller enheten der merarbeidet som har utløst kravet på økt stilling, er utført.»

Flertallet understreker videre at nedbemanningen, for å være relevant, må ha som virkning at behovet for merarbeid reduseres.»

Slik denne saken er opplyst har nemnda kommet til at arbeidsgiver i tilstrekkelig grad har sannsynliggjort at deler av behovet for merarbeid ikke lenger foreligger. Det ble høsten 2014 gjennomført en reduksjon av årsverk ved enheten tilsvarende 14,2 prosent. Det er i tillegg vist til en reduksjon i sykefraværet tilsvarende 7,5 prosent, gjennomsnittsberegnet fra 2014 til første halvdel av 2015.

Når det gjelder omfanget av det bortfalte behov, så viser timelistene at det ble utført merarbeid i tilnærmet uforandret grad også etter årsskiftet 2014/2015. Arbeidsgiver har forklart det vedvarende merarbeidet med en etterfølgende omstillingsprosess vinteren 2015 hvor det var nødvendig å bemanne vakante stillinger midlertidig, i påvente av nyansettelser med ønsket kompetanse. Etter at stillingene ble besatt av ansatte med formell kompetanse, må det etter nemndas syn legges til grunn at også den videre bruk av merarbeid var bortfalt.

Dokumentasjonen i saken viser dermed at deler av behovet for merarbeid har bortfalt som følge av endringer ved arbeidsstedet.

Nemnda bemerker imidlertid at As timelister viser at tilnærmet halvparten av vaktene under opptjeningsperioden var som sykevikar. Dette må gi det resultat at enhetens nedgang i sykefravær, og reduksjon i antall årsverk ikke fullt ut kan trekkes fra en stillingsøkning som følge av bortfalt behov.

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

Etter en skjønnsmessig vurdering, hvor det også er lagt vekt på at deler av behovet for merarbeidet har falt bort, fastsetter nemnda at merarbeidet gir arbeidstaker rett til økning av sin stilling tilsvarende 50 prosent.

Konklusjon

Arbeidstaker har rett til økning av sin stilling på kravtidspunktet med en stillingsprosent på 50.

Tvisteløsningsnemnda

Anne Marie Due
leder

Oslo, 16.12.2016

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).