

VEDTAK NR 121/17 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Tvisteløsningsnemnda avholdt møte tirsdag 23. mai 2017.

Ved behandlingen av saken var tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Steffen G. Rogstad, nestleder
Silje Stadheim Almestrand, NHO
Silje Hassellund Solberg, LO

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 13,62 prosent ved X omsorgssenter i B kommune.

Den 26. mars 2015 fremsatte A krav om stillingsutvidelse på grunnlag av utført merarbeid de siste 12 måneder, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Arbeidsgiver avsto søknaden i brev av 11. juni 2015. Avslaget var begrunnet med opphold i perioden med merarbeid, slik at kravet om jevnlighet ikke var oppfylt.

Timeoversikt forelagt nemnda viser at A har arbeidet 334,5 timer utover sin faste stilling i perioden 26. mars 2014 til 25. mars 2015. Full stilling utgjør 1846 timer per år.

I opptjeningsperioden har det vært følgende variasjoner i As tilsetningsforhold i kommunen:

- i perioden 13. januar 2014 til 30. april 2014 hadde hun permisjon fra sin faste stilling og dekket et vikariat tilsvarende 75 prosent stilling.
- i perioden 1. februar 2014 til 30. april 2015 hadde hun i tillegg ett vikariat tilsvarende 15,85 prosent stilling, slik at hun samlet sett hadde avtalt arbeidstid tilsvarende 90,85 prosent stilling.
- i perioden 1. mai 2014 til 31 august 2015 hadde hun permisjon fra sin faste stilling og dekket et vikariat tilsvarende 71,6 prosent stilling.

Saken ble brakt inn for tvisteløsningsnemnda ved brev av 30. juni 2015. Saken har tidligere blitt satt i bero etter ønske fra arbeidstaker. Overfor nemnda har begge parter fått anledning til å komme med utfyllende merknader i saken.

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidstaker:

- brev av 30. juni 2015
- brev av 31. august 2015
- brev av 22. mars 2017

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev av 28. august 2015
- brev av 6. oktober 2015
- brev av 27. februar 2017
- e-post av 6. mars 2017

Arbeidstakers anførsler

A anfører i det vesentligste at merarbeidet hun har utført i den aktuelle perioden viser et stabilt behov som gir henne rett til utvidet stilling tilsvarende faktisk arbeidstid, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a. Kommunens bruk av ansatte på topp av planlagt bemanning dekker ikke merarbeidsbehovet. Det har vært et vedvarende bruk av merarbeid også i tiden etter beregningsperioden.

Arbeidsgivers anførsler

B kommune anfører i det vesentligste at arbeidstaker har et lengre opphold i perioden uten merarbeid, merarbeidet derfor ikke er jevnlig utført. Behovet for merarbeid ved enheten og avdelingen er vesentlig endret som følge av endringer i tjenesten og forutgående stillingsutvidelser.

Arbeidstaker har ikke har vært fast ansatt under hele beregningsperioden. Hun fikk fast arbeidsavtale med tilsetning fra 1. februar 2014, men tiltrådte ikke før den 1. september 2015 som følge av at hun i mellomtiden arbeidet i midlertidige vikariater.

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).

Etter 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.

Nemnda legger til grunn at siste dag i tolv månedersperioden er dagen forut for at kravet ble sendt til arbeidsgiver. A fremsatte sitt krav for arbeidsgiver 26. mars 2015. Den relevante perioden i denne saken er dermed 26. mars 2014 til 25. mars 2015.

Dokumentasjonen i saken viser at A har arbeidet 334,5 timer utover avtalt arbeidstid 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. 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 334,5 timer tilsvarer derfor en stillingsprosent på 20,05.

Uenigheten mellom partene i denne saken gjelder 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. I tillegg er partene uenige om hvorvidt behovet for merarbeidet er bortfalt.

Nemnda vil først ta stilling til om behovet for merarbeid er bortfalt.

Arbeidsgiver har anført at kommunen høsten 2015 besluttet å legge ned avdeling Y ved enheten X omsorgssenter fra og med 1. september 2015, og at de ansatte ved avdelingen ble overført til andre avdelinger både ved X omsorgssenter og andre enheter i kommunen. I tillegg skal en annen avdeling ved X omsorgssenter overføres til annen enhet i kommunen

samtidig som enheten blir tilført langtidsplasser. Disse endringene har og vil medføre omplassering av om lag 100 ansatte, bl.a. ved å øke stillingsstørrelser ved de avdelingene de blir omplassert til. Det er i tillegg opplyst at flere ansatte har fått økt sin stillingsprosent etter arbeidsmiljøloven § 14-4 a og 14-9, slik at det vil være ansatte som går på topp utover bemanningsplanen.

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.

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 behovet for merarbeid ikke lenger foreligger. Det er lagt ned en avdeling ved enheten X omsorgssenter, og de ansatte fra denne avdelingen har blitt overført til andre avdelinger ved enheten. Videre er en avdeling overført til en annen enhet i kommunen. Disse endringene har medført omplassering av flere ansatte ved at merarbeidet ved avdelingene dekkes opp ved økte stillinger som følge av omplasseringer.

Arbeidsgiver har også opplyst at deler av de planlagte endringer ble forsinket grunnet byggmessige forhold, og at det under prosessen oppstod et behov for bruk av merarbeid som følge av økt sykefravær. Tilsvarende følger det av opplysninger fra arbeidstaker at det er brukt merarbeid også etter beregningsperioden.

Nemnda finner likevel ikke at opplysninger om forsinkelser i endringsprosessen endrer utgangspunktet om at endringene ville medføre bortfall av behovet for merarbeid, slik det var

forespeilet på avslagstidspunktet. Det forhold at det ble brukt merarbeid også under og etter beregningsperioden tillegges derfor ikke vekt, så lenge merarbeidet ikke kan anses som et uttrykk for arbeidsgivers stabile og varige behov for As arbeidskraft. Det forhold at det er fremlagt oversikter over samlede kostnader til vikariater i perioden etter beregningsperioden gir ikke grunnlag for å endre denne vurderingen.

Da nemnda har konkludert med at behovet for merarbeidet har bortfalt er det ikke nødvendig å ta stilling til om merarbeidet har vært utført jevnlig, eller hvorvidt arbeidstaker var å anse som fast ansatt under hele beregningsperioden.

Nemnda finner etter dette at arbeidsmiljøloven § 14-4 a ikke gir A rett til stillingsutvidelse for hennes merarbeid i beregningsperioden.

Konklusjon

Arbeidstaker gis ikke medhold.

Tvisteløsningsnemnda

Steffen G. Rogstad
nestleder

29.05.2017

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).