



Tvisteløsningsnemnda

Vedtaksdato

16. november 2020

Vår referanse

2020/118

Saksbehandler

Birgit Espejord Jensen

VEDTAK NR 151/20 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Tvisteløsningsnemnda avholdt møte torsdag 5. november 2020.

Ved behandlingen av saken var Tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Anne Marie Due, leder

Silje Hassellund Solberg, LO

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 assistent i stilling på 30,81 prosent i B kommune. Han er ansatt ved X bokollektiv som gir avlastningstilbud til seks brukere der plassene rullerer.

Avlastningstilbudet gis primært etter vedtak og gis i forbindelse med helger og ferieavviklinger. Av denne grunn varierer behovet for bemanning, selv om bemanningen er lagt inn i en grunnturnus. Bokollektivet består av brukere med stort hjelpebehov, og det er derfor behov for fagkompetanse for utdeling/klargjøring av medisiner, samt for å utføre helsefaglige prosedyrer.

Den 21. april 2020 fremsatte Fagforbundet, på vegne av A, krav om stillingsutvidelse på grunnlag av utført merarbeid de siste 12 måneder, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Kravet ble avslått av arbeidsgiver i brev datert 27. mai 2020. Avslaget ble begrunnet med at merarbeidet var utført i forbindelse med sykdom, ferie og permisjoner, og ble ikke ansett som merarbeid som følge av ekstra behov ut over bemanningsplanen i kommunen. Behovet for merarbeid måtte anses som bortfalt.

Saken ble brakt inn for Tvisteløsningsnemnda ved brev datert 15. juni 2020, poststemplett 16. juni 2020.

Etter at saken ble brakt inn for nemnda har A fått økt sin stillingsprosent med 25,47 prosent og har nå til sammen 56,28 prosent stilling fra 1. september 2020.

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

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidstaker:

- brev datert 15. juni 2020
- brev datert 19. juni 2020
- brev datert 16. september 2020

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev innkommet 8. september 2020

Arbeidstakers anførsler

A anfører at han har utført jevnlig merarbeid tilsvarende 93,36 prosent de siste 12 måneder før kravet ble fremsatt, og at han har krav på fast stilling tilsvarende omfanget av merarbeidet.

Arbeidsgivers anførsler

B kommune anfører i det vesentligste at merarbeidet er knyttet til fravær som følge av sykdom, ferieavvikling, permisjoner eller opplæringsvakter. Fravær av fast personell gir

utfordringer for kommunen i forbindelse med ivaretagelsen av beboere, og de bruker deltidsansatte som har lyst til å ta ekstravakter. Fraværet er upåregnelig, og kommunen anfører at dette ikke kan inngå i grunnlaget for beregningen av rett til utvidelse av stilling. I tillegg anfører den at behovet er bortfalt da langtidsfraværet er redusert, og turnusen er endret, noe som blant annet har ført til at A har fått 56,28 prosent stilling fra 1. september 2020. I tillegg er det ansatt fast personell i noen av stillingene som var besatt av sykemeldte ansatte. Behovet for vikarer er dermed redusert.

Kommunen anfører at det kreves helsefaglig utdanning på alle skiftordninger. A har ikke dette, og er derved ikke kvalifisert for høyere stillingsandel.

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 merarbeid ikke lenger foreligger. Tolvmånedersperioden skal beregnes med utgangspunkt i det tidspunkt arbeidstaker fremmet sitt krav.

A fremsatte sitt krav for B kommune den 21. april 2020. 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 21. april 2019 til og med 20. april 2020.

Uenigheten mellom partene i denne saken gjelder hva som skal inngå i beregningsgrunnlaget, om jevnlighetskravet er oppfylt, samt hvorvidt behovet for A sitt merarbeid er bortfalt.

Nemnda vil først ta stilling til hvilke vakter som inngår i beregningsgrunnlaget.

Vaktoversikten fremlagt av arbeidsgiver, som det er enighet om er korrekt, viser at A har arbeidet 1012,75 timer utover sin faste deltidsstilling i beregningsperioden. Full stilling utgjør 1846 timer per år.

Arbeidsgiver har anført at vakter A har arbeidet for å dekke uforutsett fravær ikke skal tas med i beregningsgrunnlaget. Arbeidsmiljøloven § 14-4 a skiller imidlertid ikke mellom årsaken til at det er arbeidet utover avtalt arbeidstid, noe som innebærer at alt arbeid utover avtalt arbeid i utgangspunktet inngår i beregningsgrunnlaget og skal derved tas med.

Nemnda går så over til vurderingen av om jevnlighetsvilkåret i arbeidsmiljøloven § 14-4 a er oppfylt. Inngangskriteriet om at den deltidsansatte har arbeidet «jevnlig» utover avtalt

arbeidstid 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 bestemmelsens forarbeider (Prop. 83 L for 2012-2013) hvor det fremgår 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.

Nemnda har kommet til at merarbeidet er utført jevnlig og at A har krav på økt stilling. Merarbeidet i denne saken går etter nemndas oppfatning utover det sporadiske. Selv om det har vært visse svingninger i intensiteten i beregningsperioden, har ekstraarbeidet vært tilstrekkelig jevnt fordelt utover året. Nemnda viser til at A med unntak av avviklet ferie, har hatt ekstravakter hver måned i beregningsperioden. Merarbeidet har derved hatt tilstrekkelig omfang, hyppighet og stabilitet i tolv månedersperioden. Merarbeidet fremstår dermed etter en helhetsvurdering som en etablert praksis som oppfyller lovens krav.

B kommune har anført at A ikke har den tilstrekkelige faglige kompetansen til å få utvidet stilling fordi han ikke har helsefaglig utdanning. Etter nemndas oppfatning gir slike forhold ikke rett til å frata arbeidstaker rett til utvidet stilling så lenge merarbeidet som har blitt utført oppfyller lovens krav.

Arbeidsgiver har videre anført at behovet for arbeidstakers merarbeid ikke lenger foreligger. Hva som skal til for at behovet for merarbeid ikke lenger anses å foreligge, er ikke nærmere definert i loven. Ordlyden krever imidlertid at arbeidsgiver kan dokumentere at behovet for merarbeidet ikke lenger foreligger, og kravene til dokumentasjonen er i noen grad kommentert i forarbeidene, Prop. 83 L (2012-2013) punkt 4.4.4.5:

«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.»

Slik denne saken er opplyst har nemnda kommet til at arbeidsgiver ikke i tilstrekkelig grad har dokumentert at behovet for merarbeid var bortfalt eller kom til å falle bort i nær fremtid. B kommune oppgir at merarbeidet er knyttet til fravær blant fast ansatte, og at det er behov for stabilt personell for denne brukergruppen. Selv om det er foretatt ansettelse i stillinger som tidligere var besatt av ansatte som var sykemeldt, så har ikke arbeidsgiver foretatt ansettelse som dekker opp alt sykefraværet, da det forventes at de sykemeldte

kommer tilbake i jobb. At turnusen er justert slik at A fikk økt sin stilling fra 1. september 2020, i tillegg til sin faste stilling, viser tvert imot at behovet fortsatt er til stede. Nemnda har kommet til at det ikke i tilstrekkelig grad er sannsynliggjort at behovet for merarbeid ved enheten er redusert på en slik måte at man kan si at behovet er bortfalt.

A har dermed rett til stilling tilsvarende faktisk arbeidstid i beregningsperioden. Nemnda tar stilling til de faktiske forhold som lå til grunn på det tidspunktet kravet ble fremsatt, hvor den faste stillingsandelen til A var på 30,81 prosent. 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 1012,75 timer utover avtalt arbeidstid i beregningsperioden. Dette tilsvarer en økning i stillingsprosent på 60,70. Korrigert for økningen i stillingsprosent fra 1. september 2020 på 25,47 prosent tilsvarer dette en økning på 35,23 prosent. Dette kommer i tillegg til arbeidstakers stillingsprosent på vedtakstidspunktet. Ny stillingsprosent blir derved 91,51.

Konklusjon

Arbeidstaker har rett til økning av sin stilling med en stillingsprosent på 35,23.

Tvisteløsningsnemnda

Anne Marie Due
Leder

16. november 2020

Til orientering:

Tvister som nevnt i §§ 8-3, 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 fra det tidspunktet parten ble underrettet om nemndas avgjørelse, jf. arbeidsmiljøloven § 17-2 (3).

Reises det ikke søksmål innen fristen, har vedtaket virkning som en rettskraftig dom, og det kan fullbyrdes etter reglene som gjelder for dommer, jf. arbeidsmiljøloven § 17-2 (4).