



Tvisteløsningsnemnda

Vedtaksdato
19.06.2018

Vår referanse
2018/9768

Saksbehandler
Nina N. Hermansen

VEDTAK NR 51/18 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Tvisteløsningsnemnda avholdt møte onsdag 06. juni 2018

Ved behandlingen av saken var tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Steffen G. Rogstad, nestleder
Tore Trygve Dahlstrøm, Unio
Per H. Engeland, Virke

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 17,61 prosent i B kommune, hjemmetjenesten nord, X.

Den 15. desember 2017 fremsatte A krav om stillingsutvidelse på grunnlag av utført merarbeid de siste 12 måneder, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Beregningsperioden ble forskjøvet etter fremsettelse av nytt krav slik at arbeidstaker har vært fast ansatt i hele beregningsperioden. Ny beregningsperioden er 2. januar 2017 til og med 1. januar 2018.

Kravet ble avslått i brev datert 23. januar 2018. Kravet ble vurdert etter ny beregningsperiode og avslått med begrunnelse at merarbeidet ikke var utført jevnlig.

Vaktoversikt forelagt nemnda viser at A har arbeidet 774,75 timer utover avtalt arbeidstid i perioden fra og med 2. januar 2017 til og med 1. januar 2018. Full stilling utgjør 1846 timer per år.

Saken ble brakt inn for tvisteløsningsnemnda ved brev datert 31. januar 2018.

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

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidstaker:

- brev datert 31. januar 2018

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev datert 26. mars 2018
- brev datert 3. mai 2018

Arbeidstakers anførsler

A anfører i det vesentligste at hun har utført jevnlig merarbeid og har rett til stilling tilsvarende faktisk arbeidstid. A anfører at opphold i merarbeid ikke skal tolkes like strengt som i forhold til arbeidsmiljøloven § 14-9. I to av oppholdene i merarbeidet har hun vært sykemeldt og A anfører at ekstraarbeidet har vært særlig hyppig og stabilt utenfor sykdomsperioden.

Arbeidsgivers anførsler

B kommune anfører i det vesentligste at merarbeidet ikke er utført jevnlig og at arbeidstaker ikke har rett til utvidet stilling. Merarbeid i intense perioder skal ikke tas med i beregningen av eventuell utvidet stillingsstørrelse. Hovedårsaken til at det har vært så stor tilgang på

ekstravakter i virksomheten er manglende sykepleierdekning. I beregningsperioden har det vært utlyst 10 sykepleierstillinger og det er fremdeles 4 sykepleierstillinger ubesatt. Arbeidsgiver antar at behovet for merarbeid vil reduseres innen rimelig tid. Ansatte som har fullført fagskole og som er på vei mot et fagbrev vil bli prioritert for ekstravakter.

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 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 2. januar 2018. 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 2. januar 2017 til og med 1. januar 2018. Vaktoversikt forelagt nemnda viser at A har arbeidet 774,75 timer utover avtalt arbeidstid i denne perioden. Full stilling utgjør 1846 timer per år.

Uenigheten mellom partene i denne saken omhandler hvorvidt merarbeidet har vært utført jevnlig.

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 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.

Nemnda har kommet til at merarbeidet er utført jevnlig og at A må ha krav på økt stilling. 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 bortsett fra desember hvor hun har vært sykemeldt. Nemnda finner at

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.

Arbeidsgiver anfører videre at merarbeidstimer i intense perioder ikke skal tas med i beregningen av eventuell stillingsutvidelse. 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. Det følger imidlertid av forarbeidene at en slik metode ikke skal følges slavisk, og det heter i forarbeidene at det «bør imidlertid 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. Det må bl.a. bety at svært intense perioder med ekstraarbeid, f.eks. ved ferieavvikling eller i kortere perioder med typiske sesongsvingninger eller ekstraordinært sykefravær, ikke uten videre vil gi full uttelling ved fastsettelse av ny stillingsprosent. Etter en gjennomgang av fremlagt dokumentasjon finner ikke Nemnda grunn til å avskjære merarbeidstimer i denne saken. Nemnda finner ikke at det foreligger noen særskilte intense perioder som skiller seg ut i beregningsperioden, det er jevnt over arbeidet mye hver måned.

Arbeidsgiver anfører at det i beregningsperioden har vært utlyst 10 sykepleierstillinger og at det fremdeles er 4 sykepleierstillinger ubesatt. Arbeidsgiver antar at behovet for merarbeid vil reduseres innen rimelig tid. Ansatte som har fullført fagskole og som er på vei mot et fagbrev vil bli prioritert for ekstravakter.

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.»

Arbeidsgiver har opplyst at tilgangen til så mange ekstravakter har vært på grunn av mangel på sykepleiere og at det har vært utlyst 10 sykepleierstillinger og at det fremdeles er 4 sykepleierstillinger ubesatt. Arbeidsgiver har antatt at behovet for merarbeid vil reduseres innen rimelig tid. Ansatte som har fullført fagskole og som er på vei mot et fagbrev vil bli prioritert for ekstravakter. Nemnda finner det godtgjort at behovet for deler av As merarbeid knyttet til sykepleierstillinger ikke lenger foreligger.

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 774,75 timer utover avtalt arbeidstid i beregningsperioden, noe som tilsvarer en stillingsprosent på 46,43.

Etter at deler av behovet for As merarbeid har bortfalt har nemnda etter en skjønnsmessig helhetsvurdering kommet til at merarbeidet gir arbeidstaker rett til økning av sin stilling med en stillingsandel tilsvarende 23 prosent.

Konklusjon

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

Tvisteløsningsnemnda

Steffen G. Rogstad
nestleder

19.06.2018

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).