



Tvisteløsningsnemnda

Vedtaksdato
20.02.2019

Vår referanse
2018/34924

Saksbehandler
Mahreen Shaffi

VEDTAK NR 22/19 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Tvisteløsningsnemnda avholdt møte torsdag 14. februar 2019.

Ved behandlingen av saken var tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Steffen G. Rogstad, nestleder
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 pleiemedarbeider i stilling på 73 prosent i B kommune. Han har også hatt et vikariat på 4 prosent i perioden 1. februar 2016 til 31. mars 2018.

Den 26. mars 2018 og 12. april 2018 fremsatte han krav om stillingsutvidelse på grunnlag av utført merarbeid de siste 12 måneder, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Kravet ble først avslått av arbeidsgiver i e-post av 7. mai 2018, mottatt av arbeidstakers representant 30. mai 2018. Avslaget ble begrunnet med at behovet for merarbeid var bortfalt og at merarbeidet ikke var utført jevnlig.

Det ble gjennomført et drøftingsmøte 2. juli 2018, og et utfyllende avslag ble gitt av arbeidsgiver 5. juli 2018.

Timeoversikt forelagt nemnda viser at A har arbeidet 327,5 timer utover avtalt arbeidstid i perioden fra og med 26. mars 2017 til og med 25. mars 2018. Full stilling utgjør 1846 timer per år.

Saken ble brakt inn for Tvisteløsningsnemnda ved e-post av 10. juli 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 10. juli 2018
- brev datert 21. august 2018

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev datert 20. august 2018

Arbeidstakers anførsler

B anfører i det vesentligste:

Merarbeidet han har utført viser et stabilt behov som gir han rett til utvidet stilling til 91,6 prosent tilsvarende faktisk arbeidstid, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a. Merarbeidet er ikke ensidig knyttet til sesongtopper. Oppholdene i merarbeidet skyldes i stor grad at han har en høy fast stillingsprosent, og dermed ikke kan ta ekstra vakter uten å bryte lovens bestemmelser om hviletid. Videre er noen av oppholdene på grunn av avvikling av lovpålagt ferie. Behovet for merarbeid har ikke opphørt men er fortsatt til stede ved seksjonen.

Arbeidsgivers anførsler

B kommune anfører i det vesentligste:

Merarbeidet er ikke utført jevnlig, da det foreligger flere opphold i beregningsperioden. Videre er også behovet for arbeidstakers merarbeid bortfalt/reduisert som følge av effektiviseringskrav ved enheten.

Det er også satt i gang en ny tjeneste i seksjonen som krever høyskolekompetanse. Seksjonen har jobbet aktivt med å heve kompetansen for nye oppgaver, og det er blitt ansatt flere sykepleiere.

Merarbeidet arbeidstaker har hatt er pga. sykefravær/rekrutteringsutfordring, ferie og permisjoner for kompetanseheving. Dette behovet foreligger ikke lenger.

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 leder og to faste medlemmer.

Frist for å bringe saken inn for Tvisteløsningsnemnda er fire uker etter at arbeidsgivers skriftlige avslag er kommet frem til arbeidstaker, jf. forskrift om tvisteløsningsnemnd etter arbeidsmiljøloven § 4 (1).

Arbeidsgiver avsto kravet først i e-post av 30. mai 2018. Det følger imidlertid av nemndspraksis at fristen kan avbrytes dersom arbeidsgiver med sin opptreden skaper en berettiget forventning hos arbeidstaker om at avslaget vil kunne omgjøres. Slik saken er opplyst har nemnda kommet frem til at det forelå en slik berettiget forventning da arbeidsgiver opplyser om at det er mulig å ta kontakt for videre drøfting. Det ble gjennomført et drøftingsmøte, og et endelig skriftlig avslag ble gitt 5. juli 2018. Saken ble brakt inn for Tvisteløsningsnemnda ved e-post av 10. juli 2018. Nemnda har etter dette kommet til at saken er rettidig innbrakt.

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 har opplyst at det ble sendt krav til personalsjefen i kommunen 26. mars 2018, men ble bedt om å sende det på nytt til den aktuelle enhetslederen. Dette ble sendt 12. april 2018. Nemnda kan ikke se at det foreligger noe grunnlag for å fravike lovens ordlyd om at tolv månedersperioden skal beregnes med utgangspunkt i det tidspunkt arbeidstaker fremmet sitt krav, og det legges til grunn at kravet ble sendt til arbeidsgiver da det ble sendt til personalsjefen 26. mars 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 blir dermed fra og med 26. mars 2017 til og med 25. mars 2018. Timeoversikt forelagt nemnda viser at A har arbeidet 327,5 timer utover avtalt arbeidstid i denne perioden. Full stilling utgjør 1846 timer per år.

Uenigheten mellom partene i denne saken omhandler om merarbeidet er utført jevnlig, og hvorvidt behovet for merarbeid er bortfalt eller ikke.

Nemnda vil først ta stilling til om merarbeidet er utført jevnlig.

Inngangskriteriet om at den deltidsansatte har arbeidet «jevnlign» 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 jevnlign 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 og har ingen store opphold. 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 har videre anført at behovet for A merarbeid har bortfalt som følge av effektiviseringskrav i enheten, nye tjenester som krever annen kompetanse og at merarbeid utført i forbindelse med fravær, ferie og permisjoner var midlertidig.

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 merarbeid 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 saken er opplyst har nemnda kommet til at arbeidsgiver har sannsynliggjort at deler av behovet for merarbeid er bortfalt. Arbeidsgiver har anført flere årsaker til at behovet for merarbeid er bortfalt. Det er vist til blant annet innføring av innsparings/effektiviseringskrav tilsvarende 1,5 årsverk, endringer i tjenestetilbudet som har ført til at det er behov for ansatte med høyere fagkompetanse og at det meste av merarbeidet har vært i forbindelse med midlertidige behov slik som sykefravær, ferieavvikling og permisjoner for kompetanseheving. Etter en helhetsvurdering har nemnda kommet frem til at behovet for deler av arbeidstakers merarbeid har bortfalt.

Nemnda har kommet til at A dermed har rett til stilling tilsvarende faktisk arbeidstid i beregningsperioden. Slik saken er fremlagt for nemnda, har nemnda kommet frem til at behovet for omkring halvparten av merarbeidet som er utført har bortfalt. Etter en skjønnsmessig vurdering har nemnda kommet frem til at arbeidstaker har rett til en stillingsøkning på 10 prosent. Samlet utgjør dette en stillingsprosent på 83 prosent.

Konklusjon

Arbeidstaker har rett til økning av sin stilling med en stillingsprosent på 10 prosent.

Tvisteløsningsnemnda

Steffen G. Rogstad
nestleder

20.02.2019

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). Fristen for å bringe tvisten inn for domstolene er åtte uker regnet fra det tidspunkt tvisteløsningsnemndas avgjørelse foreligger, jf. arbeidsmiljøloven § 17-2 (2).