



Tvisteløsningsnemnda

Vedtaksdato
22. mai 2019

Vår referanse
2018/54367

Saksbehandler
Mahreen Shaffi/Helene Nødset Lang

VEDTAK NR 77/19 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Tvisteløsningsnemnda avholdt møte mandag 13. mai 2019.

Ved behandlingen av saken var tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Anne Marie Due, leder
Vetle Wetlesen Rasmussen, YS
Per H. Engeland, Virke

Saken gjelder

Twist 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 40 prosent i seksjon for X, B kommune. Han har også hatt en rammeavtale som tilkallingsvakt ved sykefravær, ferieavvikling og andre uforutsette hendelser fra 1. oktober 2017 til 31. mars 2018.

Den 22. september 2018 fremsatte han 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 22. november 2018, og ble mottatt av arbeidstaker 6. desember 2018. Avslaget ble begrunnet med at han har hatt en rammeavtale som tilkallingsvakt.

Saken ble brakt inn for Tvisteløsningsnemnda ved e-post av 20. desember 2018. Overfor nemnda har begge parter fått anledning til å komme med utfyllende merknader i saken.

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidstaker:

- e-post av 20. desember 2018
- e-post av 24. desember 2018
- e-post av 20. januar 2019
- e-post av 6. mars 2019

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev datert 10. januar 2019

Arbeidstakers anførsler

A anfører i det vesentligste:

Merarbeidet han har utført viser et stabilt behov som gir han rett til utvidet stilling på 30 prosent tilsvarende faktisk arbeidstid, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Arbeidsgivers anførsler

B anfører i det vesentligste:

Seksjon X hadde rundt årsskiftet 2017-2018 store utfordringer knyttet til ekstraordinært sykefravær blant ansatte, og mange utskrivelser fra sykehus av syke innbyggere. Seksjonen måtte da bemanne opp ad hoc og gjerne med en dags varsel. Mangel på mulighet til å planlegge drift og sykdom gjorde disse månedene helt spesielle, og disse bør anses som en sesongtopp og tas ut av beregningsperioden. De faste ansatte kom tilbake i løpende drift i februar/mars, og bruken av arbeidstaker som ekstrahjelp ble også sterkt redusert.

Behovet for merarbeid er redusert som følge at opprettelse av ekstra korttidsplasser. I tillegg er sykefraværet blant ansatte på seksjonen redusert fra en topp på 16 prosent i februar 2018 til 4,4 prosent i slutten av beregningsperioden.

Subsidiært mener arbeidsgiver at omfanget 1-5 vakter per måned må tas som utgangspunkt for en eventuell utvidelse av arbeidstakers stillingsstørrelse.

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.

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.

Arbeidstaker fremsatte sitt krav for arbeidsgiver 22. september 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 22. september 2017 til og med 21. september 2018. Timeoversikt forelagt nemnda viser at A har arbeidet 504,90 timer utover avtalt arbeidstid i denne perioden. Full stilling utgjør 1846 timer per år. A merarbeid i perioden tilsvarer en stillingsprosent på 30,26.

Uenigheten mellom partene i denne saken gjelder hvorvidt behovet for A merarbeid er bortfalt.

Nemnda vil først ta stilling til 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 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. 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 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. 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.»

Slik denne saken er opplyst har nemnda kommet til at arbeidsgiver har sannsynliggjort at behovet for merarbeid var delvis bortfalt. Det vises til at det forelå ekstraordinære omstendigheter rundt årsskiftet 2017/2018 som medførte at behovet for merarbeid var mye større enn ellers i beregningsperioden. Arbeidsgiver har vist til at de faste ansatte som var borte i perioden nå er tilbake, og at det har blitt opprettet en egen avdeling med ekstra korttidsplasser som har medført at behovet for A merarbeid er redusert. Videre viser oversikten over utført merarbeid at det er utført betydelig mindre merarbeid etter mars 2018. Etter en helhetsvurdering har nemnda kommet frem til at behovet for deler av arbeidstakers merarbeid har bortfalt.

Nemnda har kommet til at A har rett til stilling tilsvarende faktisk arbeidstid i beregningsperioden. Etter en skjønnsmessig vurdering har nemnda kommet frem til at arbeidstaker har rett til en stillingsøkning på 20 prosent. Samlet utgjør dette en stillingsprosent på 60.

Konklusjon

Arbeidstaker har rett til økning av sin stilling med en stillingsprosent på 20.

Tvisteløsningsnemnda

Anne Marie Due
Leder

22. mai 2019

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).