



Tvisteløsningsnemnda

Vedtaksdato
11. desember 2019

Vår referanse
2019/26217

Saksbehandler
Nina N. Hermansen

VEDTAK NR. 170/19 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Tvisteløsningsnemnda avholdt møte torsdag 7. november 2019.

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 49,5 prosent i B kommune, X omsorgssenter.

Den 1. februar 2019 fremsatte A krav om stillingsutvidelse på grunnlag av utført merarbeid de siste 12 måneder, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Kravet ble avslått av arbeidsgiver i drøftingsmøte 8. mai 2019. Avslaget ble begrunnet med at merarbeidet ikke var utført jevnlig.

Saken ble brakt inn for Tvisteløsningsnemnda ved e-post av 29. mai 2019. 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 29. mai 2019 med vedlegg
- e-post av 25. september 2019 med vedlegg
- e-post av 30. september 2019 med vedlegg
- e-post av 6. november 2019

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev datert 27. august 2019
- e-post av 3. oktober 2019
- brev datert 23. oktober 2019
- e-post av 14. november 2019

Arbeidstakers anførsler

A anfører i det vesentligste at hun har rett til stilling tilsvarende faktisk arbeidstid. Hun har utført jevnlig merarbeid i beregningsperioden og de to oppholdene arbeidsgiver viser til medfører ikke at merarbeidet ikke har vært utført jevnlig. Arbeidstaker anfører at hun får mindre ekstravakter etter at kravet ble fremsatt. Etter oppstart av pilotprosjektet 1. april 2019 er det fortsatt stort vikarbehov og høyt fravær ved X. Hun har fortsatt å utføre merarbeid etter beregningsperioden og etter pilotprosjektet startet.

Arbeidsgivers anførsler

B kommune anfører i det vesentligste at merarbeidet ikke er utført jevnlig og at A dermed ikke har rett til utvidet stilling tilsvarende faktisk arbeidstid. Oppholdene i merarbeid har vært på 14 dager og 21 dager. Videre anfører arbeidsgiver at behovet for merarbeid er redusert etter at de økte stillingsandeler 1. april 2019. Flere helsefagarbeidere har fått økt sine stillingsandeler og dette har medført betydelig mindre merarbeid etter 1. april 2019. De har fått høyere fast bemanning tilsvarende 3 årsverk.

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. Tolvmånedersperioden skal beregnes med utgangspunkt i det tidspunkt arbeidstaker fremmet sitt krav.

Arbeidstaker fremsatte sitt krav for arbeidsgiver 1. februar 2019. 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 1. februar 2018 til og med 31. januar 2019. Vaktoversikt forelagt nemnda viser at A har arbeidet 499,08 timer utover avtalt arbeidstid i denne perioden. Full stilling utgjør 1846 timer per år.

Uenigheten mellom partene i denne saken gjelder om jevnlighetskravet er oppfylt, samt hvorvidt behovet for As sitt merarbeid er bortfalt.

Nemnda vil først ta stilling til hvorvidt merarbeidet er 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 merarbeidet i denne saken går 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 eller er redusert på grunn av et pilotprosjekt som startet 1. april 2019. Flere helsefagarbeidere har

fått økt sine stillingsandeler og de har fått høyere fast bemanning tilsvarende 3 årsverk ved sykehjemmet.

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».

Tilsvarende må gjelde der behovet for merarbeid må forventes å bortfalle som følge av at arbeidsgiver har foretatt eller er i ferd med å foreta nyansettelser, eller kan legges til grunn at arbeidstakere snarlig vil vende tilbake til virksomheten etter syke- eller permisjonsopphold e.l.

Ordlyden krever at arbeidsgiver kan dokumentere at behovet for merarbeidet ikke lenger foreligger, og kravene til dokumentasjonen er i noen grad kommentert i forarbeidene. I Prop. 83 L (2012-2013) s. 78 heter det:

«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.»

På s. 86 heter det:

«Arbeidsgiver må i tilfelle legge fram konkret dokumentasjon som kan sannsynliggjøre at virksomheten ikke lenger har samme behov for merarbeidet.»

Slik denne saken er opplyst har nemnda kommet til at arbeidsgiver ikke i tilstrekkelig grad har dokumentert at behovet for merarbeid var bortfalt i sin helhet, eller at det kom til å falle helt bort i nær fremtid. Flere helsefagarbeidere har fått økt sine stillingsandeler, og de har fått høyere fast bemanning tilsvarende 3 årsverk ved sykehjemmet. Av mottatte timeoversikter kan nemnda se at A har utført 32,3 færre timer merarbeid i perioden mai til august 2019, enn i perioden mai til august 2018. Dette underbygger at behovet for As merarbeid delvis har bortfalt. Pilotprosjektet med økte stillingsandeler startet 1. april 2019. A har likevel fortsatt utført merarbeid i månedene etter beregningsperioden og pilotprosjektets oppstart.

Merarbeidet A har utført, tilsier i seg selv at A skulle hatt krav på en stillingsutvidelse på 29,91 prosent. Det må imidlertid gjøres et skjønnsmessig fradrag for det behovet som anses bortfalt. Nemnda ser da hen til den nevnte differansen i merarbeid når man sammenligner perioden fra mai til august 2019 og perioden fra mai til august 2018. På denne bakgrunn finner Nemnda at A har rett til en skjønnsmessig utvidelse av stillingen med 27 prosent. Sammen med As faste stilling utgjør dette en stillingsprosent på 76,5.

Konklusjon

Arbeidstaker har rett til økning av sin stilling med en stillingsprosent på 27.

Tvisteløsningsnemnda

Anne Marie Due

Leder

11. desember 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).