

VEDTAK NR 231/17 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Twisteløsningsnemnda avholdt møte fredag 7. april 2017.

Etter møtet ble det innhentet utfyllende opplysninger i saken. Avgjørelse ble deretter fattet etter sirkulasjon av saksdokumentene.

Ved behandlingen av saken var tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Sigrun Sagedahl, nestleder
Silje Hassellund Solberg, LO
Silje Stadheim Almestrand, NHO

Særskilt oppnevnte medlemmer

Cecilie Sæther, KS
Arne Løseth, Fagforbundet

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 assistent i stilling på 55,46 prosent ved X bokollektiv i B kommune.

Den 11. mai 2016 fremsatte A krav om stillingsutvidelse på grunnlag av utført merarbeid de siste 12 måneder, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Arbeidsgiver avslo søknaden i brev datert 27. mai 2016. Avslaget var begrunnet med at merarbeidet var utført for faste ansatte med fravær, og at behovet for merarbeidet ville være redusert i tiden fremover.

Vaktoversikt forelagt nemnda viser at A har arbeidet 371,08 timer utover avtalt arbeidstid i perioden 11. mai 2015 til 10. mai 2016. Av disse er 70 timer arbeidet for vakant stilling og 119 timer arbeidet i sykevikarvakter. Full stilling utgjør 1846 timer per år.

Saken ble brakt inn for tvisteløsningsnemnda ved brev datert 8. juni 2016. Overfor nemnda har begge parter fått anledning til å komme med utfyllende merknader i saken.

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidstaker:

- brev datert 8. juni 2016
- brev datert 27. september 2016
- e-post av 3. april 2017
- brev datert 2. mai 2017
- brev datert 26. mai 2017

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev datert 19. august 2016
- brev datert 3. november 2016
- brev datert 13. februar 2017
- brev datert 6. april 2017
- brev datert 21. april 2017
- brev datert 11. mai 2017

Arbeidstakers anførsler

A anfører i det vesentligste at merarbeidet viser et stabilt behov som gir ham rett til utvidet stilling tilsvarende faktisk arbeidstid, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Arbeidsgivers anførsler

B kommune anfører i det vesentligste at A ikke har rett til stillingsutvidelse fordi brukerne på boligen, som er funksjonshemmede, begynner å bli eldre og får stadig flere somatiske helseproblemer. Bokollektivet har bare fem brukere og normalt én person på vakt. Det har vært nødvendig å tilkalle hjemmehjelpen i kommunen fordi man har manglet helsefaglig kompetanse. Man ser et økende behov for helsefaglig kompetanse i bokollektivet, og kommunen mener dette behovet ikke kan avhjelpes ved å utvide stillingen til en ufaglært.

Videre anfører arbeidsgiver at behovet for deler av merarbeidet ikke lenger foreligger. En stilling for ufaglært ansatt på 80 prosent ble holdt vakant i beregningsperioden. En stillingsandel på 50 prosent av denne stillingen ble senere lyst ut for helsefagarbeider, mens en stillingsandel tilsvarende 30 prosent ble fordelt mellom to andre ansatte, hvorav den ene var under utdanning som helsefagarbeider. Endelig anfører arbeidsgiver at behovet for merarbeid er redusert fordi sykefraværet i beregningsperioden var unormalt høyt, og har falt i tiden etter.

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, to faste medlemmer samt to medlemmer med særlig kunnskap om bransjen som er berørt i saken.

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 11. mai 2016. 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 11. mai 2015 til og med 10. mai 2016.

Arbeidsgiver har anført at A ikke har rett til stillingsutvidelse fordi de funksjonshemmede brukerne på bokollektivet har blitt eldre og har fått endrede pleiebehov med stadig flere sykehusopphold og etterfølgende behov for helsefaglig oppfølging.

Spørsmålet blir derfor først om arbeidsgiver har sannsynliggjort at A ikke er kvalifisert til å inneha en stilling som omfatter det utførte merarbeidet.

Slik nemnda ser det, vil arbeidsgivers behov for kvalifisert arbeidskraft kunne endres med tiden. Det er i utgangspunktet ikke noe til hinder for at nemnda finner at en arbeidstaker som har fremmet krav om stillingsutvidelse, ikke har den nødvendige kompetansen som kreves for å avhjelpe virksomhetens merarbeidsbehov. For at nemnda skal kunne komme til en slik konklusjon, må det imidlertid stilles relativt strenge krav til arbeidsgivers dokumentasjon og redegjørelse for det endrede kompetansebehovet. Nemnda understreker at en for lempelig praksis i slike tilfeller vil medføre en fare for omgåelse, og legger til grunn at det i alminnelighet bør kreves at arbeidsgiver samtidig har iverksatt tiltak for å avhjelpe

merarbeidsbehovet og kompetanseunderskuddet i virksomheten. Å kun slå fast at kompetansekravene er endret, vil derfor ikke i seg selv være tilstrekkelig uten at arbeidsgiver i tillegg kan vise til konkrete planer om å ansette personer med en høyere kompetanse enn arbeidstakeren som har fremmet krav.

I denne saken merker nemnda seg at arbeidsgiver har redegjort grundig for det endrede kompetansebehovet, men legger avgjørende vekt på at arbeidsgiver ikke kan vise til konkrete planer om endringer for å dekke dette kompetansebehovet. Arbeidsgivers anførsel kan derfor ikke føre frem.

Arbeidsgiver har ikke anført at merarbeidet ikke er jevnlig utført, men nemnda må likevel ta stilling til om vilkåret er oppfylt.

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 jevnlikhetskriteriet. 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. For øvrig vises det til vedtak 20/16, hvor nemnda har gitt en utførlig beskrivelse av sitt syn på forståelsen av jevnlikhetskriteriet i arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Etter nemndas forståelse av kravet til jevnlighet må A 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 og 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. Nemnda har etter dette kommet til at A fyller kravene i § 14-4 a.

Det følger da av bestemmelsen at arbeidstaker har rett til stilling tilsvarende faktisk arbeidstid i tolv månedersperioden.

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 371,08 timer utover avtalt arbeidstid i beregningsperioden, tilsvarende en stillingsprosent på 22,24.

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.

Arbeidsgiver har anført at behovet for merarbeidet i vakansevakter ikke lenger foreligger fordi stillingen ble lyst ut i beregningsperioden og senere har blitt besatt. Nemnda er enig i dette og merarbeidet knyttet til den vakante stillingen, 70 merarbeidstimer, skal derfor ikke inngå i beregningsgrunnlaget.

Arbeidsgiver har videre anført at behovet for merarbeidet ikke lenger foreligger fordi sykefraværet på avdelingen var unormalt høyt i beregningsperioden, og at det senere har falt. Dokumentasjonen i saken viser at sykefraværet var vesentlig lavere i 2014 enn i 2015, og at det var en vesentlig reduksjon fra 2015 til 2016. Nemnda legger derfor til grunn at behovet for deler av As merarbeid knyttet til sykefravær ikke lenger foreligger.

Nemnda har etter en skjønnsmessig helhetsvurdering kommet til at merarbeidet gir arbeidstaker rett til økning av sin stilling med en stillingsandel tilsvarende 16 prosent.

Konklusjon

Arbeidstaker har rett til økning av sin stilling med en stillingsprosent på 16.

Twisteløsningsnemnda

Sigrun Sagedahl
nestleder

13.11.2017

Til orientering:

Twister 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).