



Tvisteløsningsnemnda

Vedtaksdato
20.08.2018

Vår referanse
2018/12764

Saksbehandler
Mahreen Shaffi

VEDTAK NR 69/18 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Tvisteløsningsnemnda avholdt møte onsdag 6. 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 hjelpepleier i stilling på 50 prosent i B kommune. På kravtidspunktet hadde hun en stilling på 34,39 prosent. I løpet av beregningsperioden har hun også hatt et vikariat på 39,08 prosent fra 7. oktober 2016 til 7. mars 2017. Hun har også hatt flere avtaler som tilkallingsvikar ved flere forskjellige enheter i kommunen.

Den 27. november 2017 fremsatte hun krav om stillingsutvidelse på 64,42 prosent på grunnlag av utført merarbeid de siste 12 måneder, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

I brev av 8. februar 2018 tilbød arbeidsgiver stillingsutvidelse til 50 prosent med timebankordning. Begrunnelsen for delvis innvilgelse var at i budsjettet for helse og sosialetaten i B kommune er det blitt redusert antall årsverk og, etaten er i en omstillingsprosess.

Timeoversikt forelagt nemnda viser at A har arbeidet 811,75 timer utover avtalt arbeidstid i perioden fra og med 27. november 2016 til og med 26. november 2017. Full stilling utgjør 1846 timer per år.

Saken ble brakt inn for tvisteløsningsnemnda ved brev datert 19. februar 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 19. februar 2018
- e-post av 15. mai 2018

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev datert 30. april 2018.

Arbeidstakers anførsler

A anfører i det vesentligste:

Merarbeidet hun har utført viser et stabilt behov som gir henne rett til utvidet stilling med 64,42 prosent tilsvarende faktisk arbeidstid, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Arbeidstaker mener at ekstravakter grunnet ekstraordinært behov skal regnes med i kravet. Av hjelpeturnuser er det kun sommerturnus som er signert av arbeidstaker og som kan anses som avtalt.

Arbeidstaker har arbeidet ved flere avdelinger i B kommune, og mener at dette må regnes inn i kravet.

Arbeidsgivers anførsler

B kommune anfører i det vesentligste:

Behovet for timelønnede vikarer er redusert til et minimum på bakgrunn av omstillingsprosess i forbindelse med kutt tilsvarende 24 årsverk i etatens budsjett for 2018.

Arbeidsgiver har innvilget kravet delvis da flere deler av merarbeidet er holdt utenfor vurderingen av ny stillingsprosent. Arbeidsgiver har holdt utenfor timer arbeidet for en annen arbeidstaker som ble headhunted til en annen enhet. Videre er avspasering og personalmøter holdt utenfor. Ekstravakter i forbindelse med et ekstraordinært behov for en tjenestemottaker og hjelpeturnuser som jul, påske, pinse og sommer er også holdt utenfor vurderingen.

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 27. november 2017. Nemnda legger til grunn at siste dag i tolvmånedersperioden er dagen forut for at kravet ble fremsatt for arbeidsgiver. Den relevante perioden i denne saken er dermed fra og med 27. november 2016 til og med 26. november 2017.

Dokumentasjonen som er forelagt nemnda viser at A har arbeidet 811,75 timer utover avtalt arbeidstid i denne perioden.

Arbeidsgiver har i denne saken delvis innfridd arbeidstakers krav om større stilling, og har ikke bestridt at merarbeidet er utført jevnlig. Uenigheten mellom partene er beregningen av stillingsutvidelsen.

Arbeidsgiver har i sin vurdering av kravet kun tatt med merarbeid utført på avdelingen hvor arbeidstaker har sin faste stilling. Problemstillingen er berørt i bestemmelsens forarbeider (Prop. 83 L for 2012-2013) pkt. 4.4.4.6, hvor det forutsetningsvis fremkommer at arbeidstaker har sitt krav i behold også der merarbeidet er utført på forskjellige arbeidssteder/avdelinger i virksomheten. Nemnda legger derfor til grunn at As merarbeid ved de ulike avdelingene/enhetene ikke i seg selv utelukker en rett til stillingsutvidelse dersom de øvrige vilkårene er oppfylt. Nemnda understreker imidlertid at arbeidstaker i slike tilfeller må akseptere at en rett til stillingsutvidelse kun gir rett til arbeid i tilsvarende grad på de ulike avdelingene/enhetene hvor merarbeidet er utført.

Nemnda viser til bestemmelsens forarbeider (Prop. 83 L for 2012-2013, pkt. 4.4.4.2), hvor det fremkommer at § 14-4 a tar sikte på å omfatte jevnlig ekstraarbeid utover den stillingsandel den deltidsansatte formelt har. Etter nemndas oppfatning vil derfor alt arbeid utover den formelle stillingsandelen som utgangspunkt anses som «arbeid utover avtalt arbeidstid». Forarbeidene avgrensner imidlertid kriteriets anvendelsesområde mot situasjoner hvor det er avtalt en utvidelse av stillingen i form av en midlertidig ansettelseskontrakt, og det understrekes at i slike tilfeller skal stillingsutvidelsen ikke anses som «arbeid utover avtalt arbeidstid».

Det fremgår av saksdokumentene at arbeidstaker har hatt et vikariat på 39,08 prosent fra 7. oktober 2016 til 7. mars 2017, og det foreligger en skriftlig arbeidsavtale på dette. Det anses dermed ikke som «arbeid utover avtalt arbeidstid», og tas ikke med i beregningen.

Nemnda har i tidligere praksis, eksempelvis sak 85/16, lagt til grunn at ferievikarvakter som inngikk i en forhåndsavtalt sommerturnus ikke anses som «arbeid utover avtalt arbeidstid».

I nærværende sak har arbeidsgiver opplyst at det utarbeides egne hjelpeturnuser for påske, pinse, sommer og jul. Sommerturnus signeres av arbeidstaker og etter nemndas oppfatning bærer sommerturnusene preg av å være en form for avtalt ferievikariat og skal holdes utenfor beregningen.

Videre, basert på sakens opplysninger vurderer nemnda at hjelpeturnusene for påske, pinse og jul bærer preg av å være enkeltstående vakter over en kortere tidsperiode. Disse turnusene er heller ikke opplyst å være signert av arbeidstaker. Nemnda finner derfor at disse turnusene skal inngå i grunnlaget av en eventuell stillingsutvidelse.

Arbeidsgiver har videre anført at merarbeid utført i forbindelse med midlertidig behov for en annen arbeidstaker og ekstraordinært behov for en tjenestemottaker skal holdes utenfor vurderingen. Da det ikke foreligger en midlertidig ansettelseskontrakt for dette merarbeidet, anser nemnda det som «arbeid utover avtalt arbeidstid», og skal således tas med i vurderingen.

Nemnda går videre til jevnlighetsvilkåret.

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. 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, utenom juli og august hvor hun har hatt sommerturnus og 3 uker ferie. 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 merarbeid er redusert som følge av at etaten er i en omstillingsprosess i forbindelse med kutt tilsvarende 24 årsverk i etatens budsjett for 2018.

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.»

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 denne saken er opplyst har nemnda kommet til at arbeidsgiver ikke i tilstrekkelig grad har sannsynliggjort at behovet for merarbeid var bortfalt eller kom til å falle bort i nær fremtid. Arbeidsgiver har opplyst at helse- og sosialetaten er i en omstillingsprosess, og det er budsjettet kutt i antall årsverk, men dette er ikke ytterligere konkretisert. Det er ikke blitt lagt frem ytterligere dokumentasjon som har sannsynliggjort at behovet for As merarbeid var bortfalt eller kom til å falle bort i nær fremtid.

A har dermed rett til stilling tilsvarende faktisk arbeidstid i beregningsperioden. 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 1668,50 timer. Etter fratrekk

for sommerturnus, viser dokumentasjonen i saken at A har arbeidet 701,75 timer utover avtalt arbeidstid i beregningsperioden, tilsvarende en stillingsprosent på 42,06 prosent. A har allerede fått utvidet sin stilling til 50 prosent, men skal i tillegg til dette ha en økning med 26,45 prosent. Samlet utgjør dette en stillingsprosent på 76,45, som har vært hennes faktiske stillingsprosent i beregningsperioden fratrukket sommerturnus.

Konklusjon

Arbeidstaker har rett til økning av sin stilling med en stillingsprosent på 26,45 prosent.

Tvisteløsningsnemnda

Steffen G. Rogstad
nestleder

20.08.2018

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).