

VEDTAK NR 236/17 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Tvisteløsningsnemnda avholdt møte torsdag 9. november 2017

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 pleiemedarbeider i stilling på 31 prosent i B kommune. Arbeidsstedet er for tiden Hjemmetjenesten i kommunen.

Den 6. januar 2017 fremsatte A krav om stillingsutvidelse på grunnlag av utført merarbeid de siste 12 måneder, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

A har i den aktuelle perioden hatt følgende skriftlig avtalte vikariater:

- 20.06.16 – 17.07.16: Ferievikariat med forhåndsavtalte vakter.
- 29.08.16 – 27.09.16: Vikar for i vakter tilhørende to navngitte arbeidstakere

I brev av 1. juni 2017 fra B kommune, ble A informert om at hun ville få utvidet sin stilling tilsvarende 49 prosent. Tilbudet ble imidlertid gitt på betingelse av at B aksepterte nytt arbeidssted, X barnehage, for hele sin stilling.

Saken ble brakt inn for tvisteløsningsnemnda ved brev datert 26. juni 2017. Overfor nemnda har begge parter fått anledning til å komme med utfyllende merknader i saken.

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidstaker:

- brev datert 26. juni 2017
- brev datert 4. september 2017
-

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev datert 16. august 2017
- brev datert 18. september 2017

Arbeidstakers anførsler

A anfører i det vesentligste:

Hun har rett på utvidet stilling i hjemmetjenesten, da det er der hun både har sin faste stilling og har utført merarbeidet som ligger til grunn for kravet. Selv om det er foretatt nedbemanning i enheten, har dette ikke ført til at behovet for merarbeid er bortfalt. Heller ikke den påståtte reduksjonen i sykefravær har hatt slik effekt. Hva gjelder manglende kvalifikasjoner, anføres det at A har planer om å gå opp til fagprøve for å bli helsefagarbeider innen kort tid.

Arbeidsgivers anførsler

B kommune anfører i det vesentligste:

Merarbeidet er i hovedsak utført i vakter for stillinger som krever høyskoleutdanning, og som A dermed ikke er formelt kvalifisert for.

Behovet for As merarbeid i hjemmesykepleien er i alle tilfelle bortfalt grunnet nedbemanning og reduksjon av sykefravær. Tilbudet om økt stilling ved et annet arbeidssted er dermed kun et tilbud fra arbeidsgiver, og ikke noe A har krav på etter arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Tvistløsningsnemndas 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 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 6. januar 2017. 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 6. januar 2016 til og med 5. januar 2017.

Nemnda vil først ta stilling hva som skal inngå i beregningsgrunnlaget. Nemnda viser her 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 faste stillingsandelen som utgangspunkt anses som «arbeid utover avtalt arbeidstid». Forarbeidene avgrenser 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».

I herværende sak har arbeidstaker i løpet av beregningsperioden arbeidet to skriftlig avtalte vikariater, herunder et vikariat i forbindelse med sommerferieavvikling. Slik saken er opplyst har nemnda i tråd med synspunktet over kommet til at arbeidet i de to vikariatene ikke skal anses som «arbeid utover avtalt arbeidstid» i lovens forstand.

Dokumentasjonen som er forelagt nemnda viser da at A har arbeidet 961,18 timer utover avtalt arbeidstid i beregningsperioden. Arbeidsgiver har redegjort for at 876,59 timer av A sitt merarbeid har vært i vakter i stillinger hvor det er krav om høyskoleutdanning. Ettersom disse stillingene krever en annen kompetanse og utdanning enn det arbeidstaker innehar, finner nemnda at dette merarbeidet ikke kan inngå i jevnlighetsvurderingen, da dette merarbeidet ikke er uttrykk for arbeidsgivers behov for en assistents kompetanse.

Problemstillingen nemnda da må vurdere er hvorvidt merarbeidet, utover merarbeid i vakter som krever høyskoleutdanning, har vært utført jevnlig i bestemmelsens forstand. Kriteriet byr på en konkret og skjønsmessig 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. For øvrig vises det til vedtak 20/16, hvor nemnda har gitt en utførlig beskrivelse av sitt syn på forståelsen av jevnlighetskriteriet i arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Etter nemndas forståelse av jevnlighetskriteriet, har arbeidstaker ikke krav på økt stilling. Nemnda viser til at det i beregningsperioden er flere lange opphold uten merarbeid i vakter arbeidstaker er formelt kvalifisert til. Dette merarbeidet er også nokså ujevnt fordelt. Selv om det tas hensyn til avvikling av ferie mv., har merarbeidet etter nemndas oppfatning ikke hatt den tilstrekkelige hyppighet og stabilitet til at nemnda kan konkludere med at merarbeidet er uttrykk for arbeidsgivers stabile og varige behov for en pleiemedarbeiders merarbeid.

Nemnda har dermed kommet til at merarbeidet ikke fremstår som en etablert praksis som oppfyller lovens krav, og har etter dette kommet til at A ikke fyller kravene i arbeidsmiljøloven § 14-4 a. I lys av dette trenger nemnda ikke ta stilling til hvorvidt behovet for A sitt merarbeid ikke lenger foreligger.

Konklusjon

Arbeidstaker gis ikke medhold.

Tvisteløsningsnemnda

Steffen G. Rogstad
nestleder

13.11.2017

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).