

VEDTAK NR 92/17 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Twisteløsningsnemnda avholdt møte torsdag 30. mars 2017.

Ved behandlingen av saken var tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Sigrun Sagedahl, nestleder
Ragnhild Bø Raugland, Akademikerne (vara)
Øyvind Sollie, Spekter (vara)

Særskilt oppnevnte medlemmer

Cecilie R. Sæther, KS
Arne Løseth, Fagforbundet

Saken gjelder

Twist om rett til stilling for deltidsansatte tilsvarende faktisk arbeidstid etter arbeidsmiljøloven § 14-4 a
Twist om fortrinnsrett for deltidsansatte etter arbeidsmiljøloven § 14-3

Arbeidstaker

A

Arbeidsgiver

B

Det ble truffet slikt vedtak:

Saksforhold

A er fast ansatt som miljøterapeut i stilling på 50 prosent ved Alnatunet miljøarbeidertjeneste, B.

Den 29. juni 2016 fremsatte A krav om stillingsutvidelse på grunnlag av utført merarbeid de siste 12 måneder, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Arbeidsgiver avsto søknaden i brev datert 2. august 2016. Avslaget var begrunnet med at merarbeidet ikke var utført jevnlig i den aktuelle perioden. Subsidiært er det anført at noe av behovet for merarbeidet var bortfalt, blant annet som følge av ansettelse i en tidligere vakant stilling. Overfor nemnda har arbeidsgiver anført at hun i tilfelle hadde fortrinnsrett til denne stillingen etter arbeidsmiljøloven § 14-3.

Vaktoversikt forelagt nemnda viser at A har arbeidet 486,75 timer utover avtalt arbeidstid i perioden 29. juni 2015 til 28. juni 2016. Full stilling utgjør 1846 timer per år.

Saken ble brakt inn for tvisteløsningsnemnda ved brev av 16. august 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 16. august 2016
- e-post av 1. november 2016

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev datert 15. november 2016
- brev av 17. mars 2017

Arbeidstakers anførsler

A anfører i det vesentligste:

Hun har jevnlig arbeidet utover avtalt arbeidstid i beregningsperioden, og har dermed krav på fast stilling tilsvarende faktisk arbeidstid. Dersom det er foretatt en ny ansettelse for å dekke noen av de vakante vaktene hun har arbeidet, har hun dermed fortrinnsrett til denne stillingen etter arbeidsmiljøloven § 14-3.

Arbeidsgivers anførsler

B anfører i det vesentligste:

A har ikke rett til utvidet stilling. Lovens vilkår om «jevnlig» utførelse av merarbeid er ikke er oppfylt. Videre er flere tidligere vakante stillinger nå besatt, samt at sykefraværet ved enheten er i ferd med å reduseres kraftig. Hva gjelder ansettelsen i den vakante stillingen der A har utført deler av merarbeidet sitt, vises det til at denne stillingen har en stillingshjemmel tilsvarende 3-årig miljøterapeut på høgskolenivå eller tilsvarende. A fyller med sin 1-årige

utdannelse ikke dette kvalifikasjonskravet, og hadde dermed ikke fortrinnsrett etter arbeidsmiljøloven § 14-3.

Twisteløsningsnemndas merknader

Twisten gjelder både krav om fortrinnsrett og krav om rett til stilling tilsvarende faktisk arbeidstid etter arbeidsmiljøloven. Etter forskrift om tvisteløsningsnemnd etter arbeidsmiljøloven § 2 settes nemnda med leder, to faste medlemmer og to bransjemedlemmer.

Krav om fortrinnsrett

Twist mellom arbeidsgiver og arbeidstaker om fortrinnsrett for deltidsansatte kan bringes inn for tvisteløsningsnemnda, jf. arbeidsmiljøloven § 17-2 (1) og § 14-3 (4).

Arbeidsmiljøloven § 14-3 (1) fastsetter at deltidsansatte har fortrinnsrett til utvidet stilling fremfor at arbeidsgiver foretar ny ansettelse i virksomheten. Fortrinnsretten er betinget av at arbeidstaker er kvalifisert for stillingen og at utøvelse av fortrinnsretten ikke vil innebære vesentlige ulemper for virksomheten, jf. § 14-3 (2).

Arbeidsgiver har anført at den omtvistede stillingen har stillingshjemmel med kvalifikasjonskrav tilsvarende 3-årig miljøterapeut på høyskolenivå, og at A som miljøterapeut med 1-årig utdannelse dermed ikke er kvalifisert til fast ansettelse i stillingen. Arbeidstaker har ikke imøtegått dette. Slik saken er opplyst legger nemnda derfor til grunn at A ikke oppfyller inngangsvilkårene i arbeidsmiljøloven § 14-3 og dermed ikke kan gis medhold i kravet om fortrinnsrett.

Krav om stilling for deltidsansatte tilsvarende faktisk arbeidstid

Twist 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).

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.

A fremsatte sitt krav for arbeidsgiver 29. juni 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 29. juni 2015 til og med 28. juni 2016.

Opptjent stillingsøkning må etter nemndas oppfatning beregnes med utgangspunkt i brutto årstimetall i full stilling fratrukket ferie, i dette tilfellet 1668,5 timer. I henhold til sakens dokumenter har A arbeidet 486,75 timer utover avtalt arbeidstid i beregningsperioden.

Arbeidsgiver har dokumentert at 42,5 timer av As merarbeid har vært i vakter som er tillagt en stillingshjemmel for 3-årig miljøterapeut på høyskolenivå, jf. vurderingen av fortrinnsrett over.

Ettersom denne stillingen krever en annen kompetanse og autorisasjon enn miljøterapeut, finner nemndas flertall, medlemmene Sagedahl, Raugland, Sollie og Sæther, at merarbeidet på 42,5 timer ikke kan inngå i grunnlaget for beregning av utvidet stillingsprosent. Dette merarbeidet er etter flertallets oppfatning ikke et uttrykk for arbeidsgivers stabile og varige behov for en miljøterapeuts merarbeid. A sitt merarbeid på 444,25 timer (486,75 – 42,5) tilsvarer derfor en stillingsprosent på 26,63.

Nemndas mindretall, medlemmet Løseth, er av den oppfatning at også timene relatert til stillingen som 3-årig miljøterapeut er et uttrykk for arbeidsgivers behov for As merarbeid, og dermed burde inngå i beregningsgrunnlaget.

Uenigheten mellom partene i denne saken gjelder i første rekke hvorvidt merarbeidet har vært utført jevnlig i bestemmelsens forstand. Kriteriet 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 opptjeningsperioden, 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 opptjeningsperioden 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 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 opptjeningsperioden, 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. Arbeidsgiver har imidlertid subsidiært anført at det helt siden juni 2015 har vært en stadig nedgang i sykefraværet ved enheten, og at dette medfører at behovet for As merarbeid ikke lenger foreligger.

Nemnda har i sak 129/16 gitt en utførlig redegjørelse for sitt syn på unntaksbestemmelsen i § 14-4 a. I vedtaket legger nemnda til grunn at det avgjørende vil være om arbeidsgiver kan dokumentere at behovet for merarbeid var bortfalt på det tidspunktet arbeidsgiver tok stilling til arbeidstakers krav eller at en sannsynlig utvikling i nær fremtid vil kunne ha samme virkning.

Etter en konkret vurdering av sakens dokumenter har nemnda kommet til at arbeidsgiver ikke i tilstrekkelig grad har dokumentert at behovet for As merarbeid ikke lenger forelå på

avslagstidspunktet. Nemnda legger likevel til grunn at den langvarige nedgangen i sykefraværet ga arbeidsgiver grunn til å anta at behovet vil bli noe redusert i nær fremtid.

På bakgrunn av dette fastsetter nemnda økningen av stillingsprosent skjønnsmessig til 22 prosent.

Konklusjon

Arbeidstaker har rett til økning av sin stilling med en stillingsprosent på 22.

Arbeidstaker gis ikke medhold i kravet om fortrinnsrett etter arbeidsmiljøloven § 14-3.

Tvisteløsningsnemnda

Sigrun Sagedahl
nestleder

06.04.2017

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).