

## **VEDTAK NR 18/18 I TVISTELØSNINGSNEMNDA**

**Tvisteløsningsnemnda avholdt møte mandag 19. mars 2018.**

Ved behandlingen av saken var tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

**Faste medlemmer**

Anne Marie Due, leder  
Silje Hassellund Solberg, LO  
Gry Brandshaug Dale, KS

**Saken gjelder**

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

**Arbeidstaker**

A

**Arbeidsgiver**

B

## **Det ble truffet slikt vedtak:**

### **Saksforhold**

A er fast ansatt som «ettårig miljøterapeut» i stilling på 29,23 prosent i B.

Den 7. september 2017 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 brev av 22. november 2017. Avslaget er begrunnet med at jevnlighetskravet ikke er oppfylt samt at behovet for merarbeid er bortfalt.

Saken ble brakt inn for tvisteløsningsnemnda ved e-post av 13. desember 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 13. desember 2017

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev datert 21. februar 2018
- e-post av 14. mars 2018

### **Arbeidstakers anførsler**

A anfører i det vesentligste:

Det skal ikke gjøres fratrukk i beregningsgrunnlaget. Arbeidsoppgavene til ettårig miljøterapeut og to/treårig miljøterapeut på natt er identiske. Når det gjelder merarbeidet hun har utført i vakter for to/treårig miljøterapeut på dag og kveld, har hun kun utført arbeid hun er kvalifisert for. Behovet for merarbeidet har heller ikke bortfalt.

### **Arbeidsgivers anførsler**

B kommune anfører i det vesentligste:

Etter tilsyn og statlige krav om kvalitet på tjenestene, måtte tjenestestedet utlyse flere stillinger med høyere kompetansekrav. Kravet til A gjelder perioden der omstillingsprosessen for å øke fagkompetansen/kvaliteten ved tjenestestedet pågikk.

I denne tidsavgrensede perioden – i påvente av ansettelsen av personer med rett kompetanse – benyttet tjenestestedet både vikarbyrå og eksisterende ansatte som hadde ønske om ekstravakter. Som en følge av dette har A, som er ansatt som «ettårig miljøterapeut», utført det meste av merarbeidet i beregningsperioden i vakter tilhørende stillinger som «to/treårig miljøterapeut». Stillingen som ettårig miljøterapeut krever kun videregående utdanning, mens stillingen som to/treårig miljøterapeut krever høyskoleutdanning (bachelorgrad). Sistnevnte er altså stillinger A ikke er formelt kvalifisert for, og disse timene skal derfor ikke inngå i jevnlighetsvurderingen. Når dette merarbeidet er trukket fra, er jevnlighetsvilkåret ikke oppfylt. Hun har dermed ikke krav på utvidet stilling etter arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Subsidiært anføres det at behovet for merarbeidet ikke lenger foreligger. Som beskrevet skyldtes det tidligere omfattende behovet for merarbeid flere vakante stillinger og høyt sykefravær. Det ble i perioden desember 2016 til mai 2017 gjort seks nyansettelser. Videre er sykefraværet ved tjenestestedet redusert fra 17,6 prosent i 2016 til 5,4 prosent i 2018.

### **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 7. september 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 7. september 2016 til og med 6. september 2017. Vaktoversikt forelagt nemnda viser at A har arbeidet 830,75 timer utover avtalt arbeidstid i denne perioden.

Uenigheten mellom partene i denne saken gjelder hva som skal inngå i beregningsgrunnlaget, om jevnlighetskravet er oppfylt, samt hvorvidt behovet for A sitt merarbeid er bortfalt som følge av nyansettelser og redusert sykefravær.

Nemnda vil først ta stilling til hvilke vakter som skal inngå i grunnlaget for beregning av faktisk arbeidstid etter arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

B kommune har gjennom fremlagt dokumentasjon redegjort for at 704,5 timer av A sitt merarbeid har vært i vakante vakter som er tillagt stillinger for to/treårig miljøterapeut.

Slik saken er opplyst, har nemnda etter en konkret vurdering kommet til at dette merarbeidet ikke er et uttrykk for arbeidsgivers stabile og varige behov for en ettårig miljøterapeuts merarbeid. Ettersom de vakante stillingene krever en annen kompetanse og utdanning enn det arbeidstaker innehar, finner nemnda at dette merarbeidet ikke kan inngå i grunnlaget for beregning av utvidet stillingsprosent. Nemnda legger i denne vurderingen særlig vekt på opplysningene om at de aktuelle stillingene i lengre tid sto vakante fordi det var vanskelig å rekruttere kvalifisert personell i henhold til pålegg fra fylkesmannen om økt kvalitet i tjenesten.

Når det ovennevnte merarbeidet er trukket fra, gjenstår det et merarbeid tilsvarende 126,25 timer i beregningsperioden, alt utført i løpet av sommer/høst 2017. 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

Etter nemndas forståelse av kravet til jevnlighet kan A dermed ikke ha krav på økt stilling. Merarbeidet som skal inngå i beregningsgrunnlaget strekker seg kun over tremånedersperiode, og har dermed ikke hatt tilstrekkelig omfang, hyppighet og stabilitet i tolv månedersperioden. Nemnda har etter dette kommet til at A ikke fyller kravene i § 14-4 a.

For øvrig bemerkes at siden stillingene har blitt besatt med kvalifisert arbeidskraft, så er under enhver omstendighet behovet for merarbeid bortfalt.

### **Konklusjon**

Arbeidstaker gis ikke medhold.

Tvisteløsningsnemnda

Anne Marie Due  
leder

21.03.2018

### **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).