

VEDTAK NR 95/17 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)

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 miljøarbeider i stilling på 50,7 prosent i B kommune, X, ved Y bolig.

Den 27. april 2016 fremsatte Fagforbundet på vegne av A krav om stillingsutvidelse på grunnlag av utført merarbeid de siste 12 måneder, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Arbeidsgiver avsto søknaden i brev datert 30. mai 2016. Avslaget var begrunnet med for mange opphold i perioden med merarbeid, slik at kravet om jevnlighet ikke var oppfylt.

Dokumentasjon partene har fremlagt for nemnda viser at A har arbeidet 513,75 timer utover sin faste stilling i perioden 27. april 2015 til 26. april 2016. Det er opplyst at full stilling utgjør 1846 timer per år.

Saken ble brakt inn for tvisteløsningsnemnda ved e-post av 20. 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 av 20. juni 2016
- e-post av 9. august 2016
- brev av 2. september 2016
- e-post av 21. mars 2017

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev av 20. juli 2016
- e-post av 10. februar 2017
- e-post av 6. mars 2017
- e-post av 29. mars 2017

Arbeidstakers anførsler

A anfører i det vesentligste at han har rett til utvidet stilling tilsvarende antall utførte merarbeidstimer i den aktuelle perioden. Det gjøres krav på vakter i stillinger som ikke er besatt. Mangel på fagbrev gjør han ikke mindre kompetent til å utføre jobben.

Arbeidsgivers anførsler

B kommune, X anfører i det vesentligste at det foreligger flere opphold i merarbeidet som medfører at kravet om jevnlighet ikke er oppfylt. Videre er behovet for merarbeid blitt mindre som følge av redusert sykefravær og at halvparten av de vakante stillingene som arbeidstaker har tatt ekstravakter i, har blitt besatt. De vakante stillingene som miljøterapeut krever fag- eller høyskoleutdanning, og det foreligger ingen ledige stillinger arbeidstaker er kvalifisert for.

Tvistløsningsnemndas merknader

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).

Etter 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 beregnes med utgangspunkt i det tidspunkt arbeidstaker fremmet sitt krav.

A fremsatte sitt krav for arbeidsgiver 27. april 2016. Nemnda legger til grunn at siste dag i beregningsperioden er dagen forut for at kravet ble fremmet for arbeidsgiver. Den relevante perioden i denne saken er dermed 27. april 2015 til 26. april 2016.

Dokumentasjonen som er forelagt nemnda viser at A har arbeidet 513,75 timer utover sin faste stilling i beregningsperioden. Arbeidsgiver har dokumentert at 182 timer av As merarbeid har vært i vakante vakter som er tillagt stillinger for miljøterapeuter med enten fag- eller høyskoleutdannelse. Ettersom de vakante stillingene krever en annen kompetanse og utdannelse enn det arbeidstaker innehar, finner nemnda at dette merarbeidet ikke kan inngå i grunnlaget for beregning av utvidet stillingsprosent, da dette arbeidet ikke er uttrykk for arbeidsgivers behov. Selv om partene i ettertid har avtalt at arbeidstaker kan utføre sin faste stilling i et arbeid hvor det kreves fagutdannelse, må nemnda legge til grunn forholdene på tidspunktet for fremsettelsen av kravet, hvor arbeidstaker i henhold til arbeidskontrakten var ansatt som ufaglært miljøarbeider.

Uenigheten mellom partene i denne saken gjelder hvorvidt merarbeidet 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. Videre har arbeidsgiver anført at deler av behovet for merarbeid er bortfalt.

Nemnda vil først ta stilling 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 etter nemndas oppfatning 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.

Nemnda finner etter en helhetsvurdering at merarbeidet ikke har vært jevnlig og at det ikke kan legges til grunn at merarbeidet representerer en etablert praksis som fyller lovens krav.

Sentralt for nemndas vurdering er at merarbeid i vakter hvor det kreves fag- eller høyskoleutdanning, som ikke inngår i grunnlaget for beregning av utvidet stillingsprosent, også må holdes utenfor jevnlighetsvurderingen. Dette fordi disse ekstravaktene ikke gir uttrykk for arbeidsgivers stabile og varige behov for ufaglært arbeidskraft. Arbeidsgivers reelle behov vil være sykepleiere og fagarbeidere, og eventuelle utfordringer ved fravær eller rekruttering kan etter flertallets syn ikke løses ved at det gis utvidet stilling for andre yrkesgrupper. Det vises til flertallets vurdering av samme problemstilling i vedtak 03/17 og 68/17.

Når merarbeidet i stillinger som krever fag- eller høyskoleutdanning ikke inngår i jevnlighetsvurderingen, er det i beregningsperioden flere lengre opphold uten noe merarbeid. Dokumentasjonen som er forelagt nemnda viser at det lengste sammenhengende oppholdet er på i overkant av 8 uker sommeren 2015, hvor det samtidig ble avvirket 14 dager ferie. Videre viser dokumentasjonen to sammenhengende perioder på henholdsvis 4 og 5 uker høsten 2015 og vinteren 2016. Selv om nemnda har tatt hensyn til ferie og annet fravær som normalt forhindrer merarbeid, har merarbeidet etter nemndas oppfatning ikke hatt tilstrekkelig omfang, hyppighet og stabilitet til at nemnda kan konkludere med at merarbeidet er uttrykk for et stabilt og varig behov hos arbeidsgiver.

Da nemnda har konkludert med at merarbeidet ikke har vært utført jevnlig, er det ikke nødvendig å ta stilling til behovet for merarbeidet har bortfalt.

Konklusjon

Arbeidstaker gis ikke medhold.

Tvisteløsningsnemnda

Sigrun Sagedahl
nestleder

07.04.2017

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).