

VEDTAK NR 50/17 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Tvisteløsningsnemnda avholdt møte torsdag 16. februar 2017.

Ved behandlingen av saken var tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Steffen G. Rogstad, nestleder
Gry Brandshaug Dale, KS
Vetle Wetlesen Rasmussen, YS

Saken gjelder

Tvist om fortrinnsrett for deltidsansatte etter arbeidsmiljøloven § 14-3
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 sykepleier i stilling på 62,44 prosent i B kommune ved X i hjemmesykepleien.

Den 2. oktober 2016 fremsatte A krav om stillingsutvidelse på grunnlag av utført merarbeid de siste 12 måneder, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a. Hun ønsket samtidig fortrinnsrett til deler av en ledig stilling på 62,44 prosent som sykepleier i X.

Arbeidsgiver avslo arbeidstakers krav om fortrinnsrett i brev av 28.12.2015 hvor det ble opplyst at stillingen var besatt av en annen søker.

Krav om stillingsutvidelse på grunnlag av utført merarbeid ble drøftet mellom partene i flere møter, hvor arbeidstaker den 8. desember 2015 ble tilbudt en stillingsutvidelse tilsvarende 15,4 stillingsprosent. Som følge av uenighet om beregningen av utvidelsen og tjenestested ble det avholdt nytt møte mellom partene 4. januar 2016 uten at dette førte til nytt resultat.

Dokumentasjon partene har fremlagt for nemnda viser at A har arbeidet 249 timer utover sin faste stilling i perioden 2. oktober 2014 til 1. oktober 2015. Det er opplyst at full stilling utgjør 1846 timer per år.

Saken ble brakt inn for tvisteløsningsnemnda ved brev av 29. januar 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 29. januar 2016
- brev datert 15. mars 2016
- brev datert 4. august 2016
- e-post av 14. desember 2016

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev datert 16. februar 2016.
- brev datert 29. februar 2016
- brev datert 30. mars 2016
- brev datert 2. februar 2016

Arbeidstakers anførsler

A anfører i det vesentligste at hun har fortrinnsrett til deler av den omstridte stillingen, og at denne kunne deles mellom henne og 3 kolleger uten at det ville utgjøre en vesentlig ulempe for arbeidsgiver.

Det anføres videre at hun har rett til utvidet stilling tilsvarende utførte merarbeid i den aktuelle perioden. Det foreligger ingen skriftlig avtale om midlertidig utvidelse av hennes stilling på sommeren, og det kan ikke gjøres fratrukk for arbeidet utført i planlagt sommerturnus.

Merarbeidet er utført ved regelmessig nattarbeid og utvidelsen ønskes dermed som nattarbeid.

Arbeidsgivers anførsler

B kommune anfører i det vesentligste at arbeidstakers krav om stillingsutvidelse er imøtekommet. Avtalte vakter som ferievikar ble ført i godkjent hjelpeurnus for sommeren, og trukket fra ved beregning av stillingsutvidelsen. Dette da bestemmelsen avgrenses mot vikariater.

Bakgrunnen for at stillingsutvidelsen ble tilbudt ved en annen avdeling skyldes at forutgående stillingsutvidelser for øvrige ansatte, slik at det ikke var behov for ytterligere utvidelse ved X.

Tvisteløsningsnemndas merknader

Tvisten gjelder krav om fortrinnsrett, og krav om rett til stilling tilsvarende faktisk arbeidstid etter arbeidsmiljøloven. Nemnda finner i det følgende å behandle de to kravene hver for seg.

I henhold til forskrift om tvisteløsningsnemnd etter arbeidsmiljøloven § 2 settes nemnda med leder og to faste medlemmer.

Krav om fortrinnsrett

Tvist 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).

Tvisten i nærværende sak kom inn for nemnda ved brev den 29. januar, og var således regulert av fristregelen etter forskriftens tidligere § 3 (3), hvor fristen ble fastsatt til «*senest innen fire uker etter at arbeidsgiver avslo krav fra arbeidstaker*».

Arbeidsgivers avslag er datert 28. desember 2015, og fristen for å bringe saken inn for nemnda var dermed utløpt ved oversendelsen av saken til tvisteløsningsnemnda den 29. januar 2016. Arbeidstaker har imidlertid opplyst at avslaget ble funnet i hennes posthylle den 4. januar 2016, og nemnda holder det sannsynlig at både postgang og underretning av avslag ville ta lengre tid som følge av ferier i høytiden. Saken anses dermed som rettidig innbrakt for nemnda.

Høyesterett har i dom av 25. april 2016 (HR-2016-00867-A), slått fast at arbeidsmiljøloven § 14-3 ikke åpner for at deltidsansatte kan gjøre krav på å tre inn i en del av en utlyst stilling. Deltidsansatt som gjør fortrinnsrett gjeldende etter arbeidsmiljøloven § 14-3 må dermed akseptere hele den utlyste stillingen.

A er fast ansatt i en stilling på 62,44 prosent, og har fremsatt krav om fortrinnsrett til en del av en utlyst stilling. Dette gir arbeidsmiljøloven § 14-3 etter Høyesteretts dom ikke rett til, og nemnda trenger derfor ikke å gå inn på om de øvrige vilkårene i loven er oppfylt.

Krav om stilling 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. Denne tolv månedersperioden skal beregnes med utgangspunkt i det tidspunkt arbeidstaker fremmet sitt krav.

A fremsatte sitt krav for arbeidsgiver 2. oktober 2015. 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 2. oktober 2014 til 1. oktober 2015.

Det fremgår av sakens dokumenter at A i tillegg til sin faste stilling, arbeidet som ferievikar sommeren 2015 etter en forhåndsavtalt og godkjent turnus. Etter nemndas tidligere praksis regnes arbeid som ferievikar etter en forhåndsavtalt turnus som avtalt arbeidstid, og skal dermed ikke inngå i grunnlaget for beregning av stillingsutvidelse. Timelistene som er forelagt nemnda viser dermed at A har arbeidet 249 timer utover sin faste stilling og ferievikariat beregningsperioden.

Uenigheten mellom partene i denne saken gjelder i hovedsak størrelsen på stillingsutvidelsen, i tillegg til hvilket arbeidssted stillingsutvidelsen skal gjelde for.

Selv om det ikke er påberopt av partene, så følger det av lovens ordlyd merarbeidet må være utført jevnlig for å kvalifisere til stillingsutvidelse. Nemnda vil derfor 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 har etter en konkret helhetsvurdering kommet til at merarbeidet i denne saken ikke fyller jevnlighetskriteriet. Timelistene viser at det ikke er utført merarbeid i flere lengre perioder hvor den lengste perioden uten merarbeid utgjør omkring 11 uker. 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.

Nemnda finner etter en helhetsvurdering 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.

Konklusjon

Arbeidstaker gis ikke medhold.

Tvisteløsningsnemnda

Steffen G. Rogstad
nestleder

Oslo, 20.02.2017

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).