



Tvisteløsningsnemnda

Vedtaksdato
29.08.2018

Vår referanse
2018/14404

Saksbehandler
Mads Backer-Owe

VEDTAK NR 76/18 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Tvisteløsningsnemnda avholdt møte torsdag 23. august 2018

Ved behandlingen av saken var tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Steffen G. Rogstad, nestleder
Vetle Wetlesen Rasmussen, YS
Per 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 hjemmehjelp i stilling på 19,48 prosent i X, B kommune.

Den 2. januar 2018 fremsatte A krav om stillingsutvidelse på grunnlag av utført merarbeid de siste 12 måneder, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Kravet ble avslått av B kommune i brev av 2. februar 2018.

Saken ble brakt inn for tvisteløsningsnemnda ved brev av 1. mars 2018. Overfor nemnda har begge parter fått anledning til å komme med utfyllende merknader i saken.

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidstaker:

- brev av 1. mars 2018
- brev av 27. april 2018
- brev av 25. mai 2018

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev av 4. april 2018
- brev av 8. juni 2018

Arbeidstakers anførsler

A anfører i det vesentligste:

Hun har krav på stilling tilsvarende faktisk arbeidstid. Også merarbeid utført i vakter som i vaktplanen er oppført som sykepleier eller hjelpepleier/omsorgsarbeider skal inngå i jevnlighetsvurderingen, da hun på samtlige ekstravakter kun har utført arbeidsoppgaver som også inngår i hennes faste stilling. Arbeidsgiver har ikke tidligere opplyst at hun som ufaglært ikke kan få utvidet sin faste stilling utover 19,48 prosent.

Hennes sykemeldingsperiode på omlag tre måneder har sin årsak i dårlig arbeidsmiljø på arbeidsplassen. Arbeidsgiver har i hele denne perioden hatt behov for merarbeid, og det er urimelig om dette oppholdet skal avskjære hennes rett til utvidet stilling etter arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Arbeidsgivers anførsler

B kommune anfører i det vesentligste:

A har ingen utdanning innenfor helsearbeid, og da hun ble tildelt en fast stilling på 19,48 prosent, fikk hun opplyst at dette var den maksimale faste stillingsbrøken for ufaglærte i bydelen.

Etter tilsyn og statlige krav om kvalitet på tjenestene, måtte bydelen utlyse flere stillinger med høyere kompetansekrav. Det ble besluttet å opprette 11,3 fagstillinger. Totalt ble det ansatt tre helsefagarbeidere med videreutdanning. Resten var sykepleiere med videreutdanning eller annen spesialkompetanse. Stillingene ble besatt i perioden november 2017 til mars 2018. På grunn av opplæring av disse vedvarte behovet for merarbeid også utover høsten 2017/ vinteren 2018.

Kravet til A gjelder perioden der omstillingsprosessen for å øke fagkompetansen/kvaliteten ved tjenestestedet pågikk.

Det er kun den delen av merarbeidet som er utført i vakter for hjemmehjelp som skal medtas i jevnlighetsvurderingen. Dette sammenholdt med at A grunnet sykdom hadde et opphold på omlag tre måneder uten merarbeid i opptjeningsperioden, tilsier at jevnlighetsvilkåret i arbeidsmiljøloven § 14-4 a ikke er oppfylt.

I alle tilfelle anføres det at behovet for merarbeidet ikke lenger foreligger.

Tvisteløsningsnemndas 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). 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. Tolvmånedersperioden skal beregnes med utgangspunkt i det tidspunkt arbeidstaker fremmet sitt krav.

Arbeidstaker fremsatte sitt krav for arbeidsgiver 2. januar 2018. 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 2. januar 2017 til og med 1. januar 2018.

Inngangskriteriet om at den deltidsansatte har arbeidet «jevnlig» utover avtalt arbeidstid byr på en konkret og skjønnsmessig vurdering.

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.

Dokumentasjonen i saken viser at arbeidstaker har vært sykemeldt i omlag tre måneder av beregningsperioden på totalt tolv måneder.

Forarbeidene inneholder liten eller ingen veiledning om hvilken betydning sykemeldinger skal ha for vurderingen etter § 14-4 a. Et utgangspunkt er at sykdom som hovedregel ikke bør redusere arbeidstakers rettigheter etter arbeidsmiljøloven, hvilket skulle tilsi at sykdomsperioder, på samme måte som ferieperioder, ikke kan tale i arbeidstakers disfavør. På den annen side krever lovteksten at den deltidsansatte jevnlig har arbeidet utover avtalt arbeidstid, og den utvidete stillingen skal beregnes på grunnlag av den faktiske arbeidstiden. Dette tilsier at arbeidstaker i sykdomsperioder ikke kan opptjene rettigheter etter § 14-4 a. Nemnda er av den oppfatning at det avgjørende må være om man ut fra det ekstraarbeidet som er utført, har grunnlag for å konkludere med at ekstraarbeidet er uttrykk for et jevnlig behov hos arbeidsgiver. Der arbeidstaker har lengre sykmeldingsperioder vil nemnda ofte mangle det nødvendige grunnlaget. Det understrekes imidlertid at vurderingen alltid må være konkret. Der ekstraarbeidet er særlig hyppig og stabilt utenfor sykdomsperiodene, kan det oppveie for noe lengre sykdomsperioder.

I vurderingen av saken har nemnda delt seg i et flertall og et mindretall.

Nemndas flertall, medlemmene Rogstad og Engeland, har etter en konkret vurdering kommet til at en så vidt lang sykdomsperiode som tre måneder i dette tilfellet medfører at en mangler det nødvendige grunnlaget for å kunne konstatere at merarbeidet er uttrykk for et jevnlig behov hos arbeidsgiver.

Det samlede fraværet utgjør etter flertallets syn således en så stor del av beregningsperioden at nemnda ikke har det nødvendige grunnlaget for å vurdere om jevnlighetsvilkåret ikke er oppfylt. Synspunktet styrkes av at oppholdet er plassert i siste del av beregningsperioden, i en fase der kommunes arbeid for rekruttering av personell med høyere fagkompetanse etter sigende begynte å få virkning.

Nemndas flertall har etter dette kommet til at A ikke kan gis medhold i sitt krav om utvidelse av stilling. Det vil dermed ikke være nødvendig for flertallet å ta stilling til de øvrige vilkårene for stillingsutvidelse eller om det skal gjøres fradrag for merarbeid i vakter arbeidstaker ikke er formelt kvalifisert for.

Nemndas mindretall, medlemmet Rasmussen, har kommet til samme konklusjon som flertallet, men med en annen begrunnelse.

Mindretallet mener arbeidsgivers maksimale stillingsbrøk for hjelpearbeidere på 19,48 prosent er kunstig, og at det i saken er tilstrekkelig grunnlag for å foreta en jevnlighetsvurdering. Beregningsperioden viser et stabilt og varig behov for merarbeid i hele den perioden arbeidstaker har vært arbeidsfør. Det er ikke avvirket ferie i løpet av beregningsperioden, og arbeidstakers sykemeldingsperiode endrer ikke mindretallets syn om at merarbeidet har gått ut over det sporadiske. Merarbeidet fremstår etter en helhetsvurdering som en etablert praksis som oppfyller lovens krav.

Mindretallet mener derimot at arbeidsgiver har dokumentert at B kommune på grunn av omorganisering med sikte om økt faglig kompetanse, ikke lenger har samme behovet for det aktuelle merarbeidet. Dette samsvarer også med arbeidstakers uttalelser om at kollegaer har problemer med å fylle opp sine vakter, og arbeidsgivers redegjørelse om at det i større grad benyttes kvalifisert personell fra vikarbyråer for å fylle opp utdekte vakter fremfor deltidsansatte ufaglærte.

Konklusjon

Arbeidstaker gis ikke medhold.

Tvisteløsningsnemnda

Steffen G. Rogstad
nestleder

29.08.2018

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).