



Tvisteløsningsnemnda

Vedtaksdato
10.01.2019

Vår referanse
2018/32677

Saksbehandler
Mahreen Shaffi

VEDTAK NR 04/18 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Tvisteløsningsnemnda avholdt møte torsdag 13. desember 2018.

Ved behandlingen av saken var tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Steffen G. Rogstad, nestleder
Tore Trygve Dahlstrøm, Unio
Per H. Engeland, Virke

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 miljøarbeider i stilling på 65 prosent ved B i C. På kravtidspunktet jobbet hun ved X ungdomsinstitusjon. Siden 2016 har hun jobbet ved Y ungdomsinstitusjon

Den 21. mars 2015, mens hun fortsatt hadde arbeidssted ved X ungdomsinstitusjon, fremsatte hun krav om stillingsutvidelse på grunnlag av utført merarbeid de siste 12 måneder, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a. Etter eget ønske byttet hun i november 2016 arbeidssted til Y ungdomsinstitusjon.

Kravet ble først avslått av arbeidsgiver ved brev datert 8. juni 2018, mer enn tre år etter at kravet ble fremmet. Avslaget var begrunnet med at arbeidstaker ikke oppfyller kvalifikasjonskravet for stillinger ved institusjonene.

Timeoversikt forelagt nemnda viser at A har arbeidet 544,86 timer utover avtalt arbeidstid i perioden fra og med 21. mars 2014 til og med 20. mars 2015. Full stilling utgjør 1846 timer per år.

Saken ble brakt inn for Tvisteløsningsnemnda ved brev datert 3. juli 2018. Overfor nemnda har begge parter fått anledning til å komme med utfyllende merknader i saken.

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidstaker:

- brev datert 3. juli 2018
- e-post av 1. august 2018
- brev datert 24. september 2018
- e-post av 14. november 2018

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev datert 30. juli 2018
- brev datert 22. oktober 2018

Arbeidstakers anførsler

A anfører i det vesentligste:

Merarbeidet hun har utført viser et stabilt behov som gir henne rett til utvidet stilling tilsvarende faktisk arbeidstid, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a. Arbeidstaker mener at kravet til 3-årig høyskoleutdannelse ikke kan være et argument for at arbeidstaker ikke kan få utvidet stilling. Arbeidstaker har 10 års erfaring og mye realkompetanse. Hun har også fått i ansvar å gi opplæring til nyansatte. Behovet for hennes kompetanse foreligger fortsatt.

Arbeidsgivers anførsler

B anfører i det vesentligste:

Arbeidsgiver har trukket fra vakter utført i stillinger arbeidstaker ikke er kvalifisert for i vurderingen. Alle de faste stillingshjemlene for turnusansatte ved X ungdomsinstitusjon var hjemlet som miljøterapeutstillinger med krav til 3-årig høyskoleutdanning. Kravet til utdanning for ansatte er hjemlet i «Forskrift om krav til kvalitet og internkontroll i barnevernsinstitusjoner». Videre er det utført merarbeid i forhold til midlertidige behov og fravær, som det ikke kan gis uttelling for. Når disse timene trekkes ifra, er ikke det resterende merarbeidet utført jevnlig.

En nærmere spesifisering av bestemmelsen når det gjelder de ansattes kompetanse viser at minimum 50 prosent av de ansatte ved barnevernsinstitusjoner må ha en barnevernfaglig og/eller sosialfaglig kompetanse. Arbeidstaker har ikke dette. Realkompetanse kan ikke erstatte dette kravet. I løpet av den aktuelle perioden er det blitt utlyst seks stillinger ved den institusjonen arbeidstaker har hatt sitt merarbeid ved, og stillingene er blitt besatt av ansatte med ønsket utdanning og kompetanse. Institusjonene arbeidstaker har arbeidet ved oppfyller akkurat forskriftens krav.

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. Tolv månedersperioden skal beregnes med utgangspunkt i det tidspunkt arbeidstaker fremmet sitt krav.

Arbeidstaker fremsatte sitt krav for arbeidsgiver 21. mars 2015. 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 21. mars 2014 til og med 20. mars 2015. Timeoversikt forelagt nemnda viser at A har arbeidet 544,86 timer utover avtalt arbeidstid i denne perioden. Full stilling utgjør 1846 timer per år.

Uenigheten mellom partene i denne saken gjelder hva som skal inngå i beregningsgrunnlaget, om jevnlighetskravet er oppfylt, samt hvorvidt behovet for arbeidstakers merarbeid er bortfalt.

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

B har redegjort for at 339,94 timer av As merarbeid har vært i vakter i stillinger for miljøterapeuter med 3-årig høyskoleutdanning, og har anført at disse timene ikke skal inngå i jevnlighetsvurderingen etter § 14-4 a.

Nemnda bemerker innledningsvis at det i denne saken har gått mer enn tre år fra kravet ble fremsatt til arbeidsgiver avsto kravet, og at det dette har vanskeligjort nemndas arbeid med å gjøre en vurdering av den faktiske kompetansesituasjonen på den aktuelle avdelingen på det tidspunkt kravet ble fremsatt.

Slik saken er opplyst, har nemnda likevel etter en konkret vurdering kommet til at merarbeidet i de omstridte vaktene ikke er et uttrykk for arbeidsgivers stabile og varige behov merarbeidet til en miljøarbeider uten 3-årig høyskoleutdanning.

Nemnda har i vurderingen lagt til grunn opplysningene fra arbeidsgiver om at det i den aktuelle perioden var vanskelig å rekruttere kvalifisert personell i henhold til kravet om bemanning og kompetansesammensetning i Forskrift om krav til kvalitet og internkontroll i barnevernsinstitusjoner § 5. I vurderingen har nemnda videre lagt vekt på at arbeidsgiver har dokumentert at man gjennom å lyse ut flere stillinger med krav om den ønskede kompetansen i løpet av beregningsperioden aktivt har forsøkt å dekke det aktuelle vaktene med kvalifisert arbeidskraft.

Ettersom stillingene som miljøterapeut med 3-årig høyskoleutdanning krever en annen kompetanse og utdanning enn det A innehar, finner nemnda at merarbeidet hun har utført for disse stillingene ikke kan inngå i beregningsgrunnlaget for utvidet stillingsprosent.

Når det ovennevnte merarbeidet er trukket fra, gjenstår det et merarbeid tilsvarende 204,92 timer i beregningsperioden.

Nemnda går så over til vurderingen av om merarbeidet er jevnlig utført i beregningsperioden.

Inngangskriteriet om at den deltidsansatte har arbeidet «jevnlig» utover avtalt arbeidstid 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 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.

Etter nemndas forståelse av kravet til jevnlighet, kan ikke A ha krav på økt stilling. Nemnda er av den oppfatning at merarbeidet A er formelt kvalifisert til er nokså ujevnt fordelt i beregningsperioden. Det er også flere lange opphold, herunder en periode på nesten fire måneder, uten slikt merarbeid. Selv om det tas hensyn til avvikling av ferie mv., har merarbeidet etter nemndas oppfatning ikke hatt den tilstrekkelige hyppighet og stabilitet til

at nemnda kan konkludere med at merarbeidet er uttrykk for et stabilt og varig behov hos arbeidsgiver.

Nemnda har etter dette kommet til at merarbeidet ikke fremstår som en etablert praksis som oppfyller lovens krav, og at A dermed ikke fyller kravene i arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Konklusjon

Arbeidstaker gis ikke medhold.

Tvisteløsningsnemnda

Steffen G. Rogstad
nestleder

10.01.2019

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).