



Vedtaksdato
16.05.2019

Vår referanse
2018/54010

Saksbehandler
Nina N. Hermansen

VEDTAK NR 76/19 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Twisteløsningsnemnda avholdt møte mandag 13. mai 2019.

Ved behandlingen av saken var tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Anne Marie Due, leder
Vetle Wetlesen Rasmussen, YS
Per H. Engeland, Virke

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 helsefagarbeider i stilling på 65 prosent i B kommune, X omsorgsbolig. Hun fikk økt stilling fra 28,4 prosent til 65 prosent fra og med 1. desember 2017.

Den 16. oktober 2018 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 datert 10. desember 2018. Avslaget ble begrunnet med at behovet for arbeidstakers kompetanse er sterkt redusert og at merarbeidet ikke var utført jevnlig etter fratrukk for vakter arbeidstaker ikke er kvalifisert for.

Saken ble brakt inn for Tvisteløsningsnemnda ved e-post av 18. desember 2018. Overfor nemnda har begge parter fått anledning til å komme med utfyllende merknader i saken.

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidstaker:

- e-post av 18. desember 2018
- brev datert 2. mai 2019

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev datert 8. januar 2019
- brev datert 25. april 2019

Arbeidstakers anførsler

A anfører i det vesentligste at hun har rett til utvidet stilling tilsvarende faktisk arbeidstid. Hun har jobbet jevnlig utover sin faste stilling. På bakgrunn av Borgarting lagmannsrett dom LB-2017-80601 legges det til grunn at det ved utstrakt bruk av arbeidstakere uten ønsket formalkompetanse må stilles strenge krav til arbeidsgivers beregningsgrunnlag etter arbeidsmiljøloven § 14-4 a. Arbeidstaker har fått tildelt en del ekstravakter etter at kravet ble sendt inn. Dette er også vakter arbeidsgiver sier hun ikke er kvalifisert for. Selv om X har årsarbeidstid er det fortsatt behov for merbemanning. Årsarbeidstid har blitt brukt i X siden 2016 og er ikke noe nytt.

Arbeidsgivers anførsler

B kommune anfører i det vesentligste at arbeidstaker ikke har rett til utvidet stilling fordi merarbeidet ikke har vært utført jevnlig. I perioden 22. desember 2017 til 14. februar 2018 har hun kun hatt en ekstravakt. Videre har hun i perioden 19. mai 2018 til 15. oktober 2018 blitt tildelt fire ekstravakter. Dette viser at det ikke har vært et jevnlig behov i beregningsperioden og at behovet for merarbeid ikke eksisterer i siste del av beregningsperioden. I beregningsperioden har det vært en vakant stilling for sykepleier eller vernepleier som ikke har vært besatt. Dette skyldes at man ikke har lyktes med rekruttering. Stillingene har blitt utlyst flere ganger. Det er gitt tilbud til en sykepleier og ved ansettelse vil det bli en stor reduksjon i ledige vakter. Ved fravær av sykepleier eller vernepleier vil ansvarsvakter løses ved at to helsefagarbeidere deler på oppgaven. I beregningsperioden har

B benyttet vikarbyrå for å leie inn sykepleierkompetanse, men dette innleiet har ikke kunnet dekke opp fraværet til syke- og vernepleiere som igjen har ført til innleie av helsefagarbeidere i disse vaktene. På X omsorgsbolig har det vært en stor endring i fraværet fra januar 2017 til desember 2018. Redusert sykefravær og ansettelse vil gi et redusert behov for merarbeid.

Det er lyst ut en vernepleierstilling to ganger, en sykepleierstilling en gang og en 50 prosent stilling som helsefagarbeider en gang. Alle utlysningene skyldes behovet for å dekke vakante vakter. Det er ansatt en sykepleier i full stilling fra 1. april 2019. De har seks medarbeidere på tilsammen 2,45 årsverk i stillinger med årsarbeidstrid hvor de ikke har planlagte vakter. De er disponible for å dekke vakter av den type arbeidstaker tidligere har arbeidet. B har i tillegg avsluttet drift ved en omsorgsbolig i 2018. Alle medarbeiderne ved denne boligen er omplassert i B. Tre interne ansettelse tilsvarende 2,6 årsverk er gjort ved aktuelle arbeidstede. I sum gir dette en betydelig endring i behovet for merarbeid.

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 16. oktober 2018. Nemnda legger til grunn at siste dag i tolvmånedersperioden er dagen forut for at kravet ble fremsatt for arbeidsgiver. Den relevante perioden i denne saken er dermed fra og med 16. oktober 2017 til og med 15. oktober 2018. Vaktoversikt forelagt nemnda viser at A har arbeidet 377,5 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 A sitt merarbeid er bortfalt.

Nemnda vil først vurdere om jevnlighetsvilkåret i arbeidsmiljøloven § 14-4 a er oppfylt.

Inngangskriteriet om at den deltidsansatte har arbeidet «jevnlig» utover avtalt arbeidstid byr på en konkret og skjønsmessig 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. Det har vært tre lengre opphold i merarbeidet på henholdsvis 4 uker, 5 uker og i underkant av 14 uker. I det lengste oppholdet har arbeidstaker avvirket 5 uker ferie. Merarbeidet har dermed ikke hatt tilstrekkelig omfang, hyppighet og stabilitet i tolv månedersperioden.

Ettersom nemnda har kommet til at merarbeidet ikke er utført jevnlig er det ikke nødvendig å ta stilling til hva som skal inngå i beregningsgrunnlaget og om behovet for merarbeid er bortfalt. Nemnda har etter dette kommet til at A ikke fyller kravene i § 14-4 a, og derfor ikke kan få medhold.

Konklusjon

Arbeidstaker gis ikke medhold.

Tvisteløsningsnemnda

Anne Marie Due
leder

16.05.2019

Til orientering:

Tvister som nevnt i §§ 8-3, 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 fra det tidspunktet parten ble underrettet om nemndas avgjørelse, jf. arbeidsmiljøloven § 17-2 (3).

Reises det ikke søksmål innen fristen, har vedtaket virkning som en rettskraftig dom, og det kan fullbyrdes etter reglene som gjelder for dommer, jf. arbeidsmiljøloven § 17-2 (4).