



Vedtaksdato
05. september 2019

Vår referanse
2019/6236

Saksbehandler
Mahreen Shaffi

VEDTAK NR 109/19 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Tvisteløsningsnemnda avholdt møte mandag 13. mai 2019, med etterfølgende behandling i august 2019 basert på innhentet tilleggsinformasjon.

Ved behandlingen av saken var tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

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

Saken gjelder

Tvist om rett til stilling tilsvarende faktisk arbeidstid for deltidsansatte etter arbeidsmiljøloven § 14-4 a

Arbeidstaker

A

Arbeidsgiver

B kommune

Det ble truffet slikt vedtak:

Saksforhold

A er fast ansatt som assistent/miljøarbeider i stilling på 32 prosent ved Sprøyterommet S-huset i B kommune. Han har også hatt en gjennomsnittsberegnet turnusavtale fra 11. juni 2018 til 19. august 2018.

Den 30. august 2018 fremsatte han krav om stillingsutvidelse på grunnlag av utført merarbeid de siste 12 måneder, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Den 19. oktober 2018 ble det avholdt møte mellom partene, hvor arbeidstaker ble tilbudt stillingsutvidelse til 37 prosent. Arbeidstaker takket nei til dette.

Kravet ble endelig avslått av arbeidsgiver i brev datert 19. desember 2018. Avslaget ble begrunnet med at arbeidstaker har utført merarbeid i vakter han ikke er kvalifisert for, og at deler av behovet for merarbeid er bortfalt. Tilbudet på utvidelse til 37 prosent ble opprettholdt.

Saken ble brakt inn for Tvisteløsningsnemnda ved brev mottatt 14. januar 2019. Overfor nemnda har begge parter fått anledning til å komme med utfyllende merknader i saken.

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidstaker:

- brev mottatt 14. januar 2019

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev datert 20. februar 2019
- brev datert 6. juni 2019
- brev datert 13. juni 2019

Arbeidstakers anførsler

A anfører i det vesentligste:

Merarbeidet han har utført viser et stabilt behov som gir han rett til utvidet stilling tilsvarende faktisk arbeidstid, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a. Den gjennomsnittsberegnete turnusen er ikke en midlertidig arbeidsavtale, og bør ikke tas ut av vurderingen. Alt merarbeidet han har utført skal tas med i beregningen.

Arbeidsgivers anførsler

B kommune anfører i det vesentligste at merarbeidet ikke er utført jevnlig.

Arbeidsgiver har trukket ut av beregningsgrunnlaget vakter arbeidstaker ikke er kvalifisert for. I tillegg er vakter som følge av sommerturnusen og vakter der behovet for merarbeid er bortfalt trukket ut.

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 30. august 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 30. august 2017 til og med 29. august 2018. Timeoversikt forelagt nemnda viser at A har arbeidet 578,5 timer utover avtalt arbeidstid i denne perioden. Full stilling utgjør 1846 timer per år.

Uenigheten mellom partene i denne saken gjelder hvilket merarbeid som skal inngå i beregningsgrunnlaget, samt hvorvidt behovet for A sitt merarbeid er bortfalt.

Nemnda vil først ta stilling til om timene arbeidet i den gjennomsnittsberegnete sommerturnusen skal tas med i beregningsgrunnlaget.

Nemnda viser til bestemmelsens forarbeider (Prop. 83 L for 2012-2013, pkt. 4.4.4.2), hvor det fremkommer at § 14-4 a tar sikte på å omfatte jevnlig ekstraarbeid utover den stillingsandel den deltidsansatte formelt har. Etter nemndas oppfatning vil derfor alt arbeid utover den formelle stillingsandelen som utgangspunkt anses som «arbeid utover avtalt arbeidstid». Forarbeidene avgrensner imidlertid kriteriets anvendelsesområde mot situasjoner hvor det er avtalt en utvidelse av stillingen i form av en midlertidig ansettelseskontrakt, og det understrekes at i slike tilfeller skal stillingsutvidelsen ikke anses som «arbeid utover avtalt arbeidstid».

Nemnda har i sin tidligere praksis lagt til grunn at ferievikarvakter som inngikk i en forhåndsavklart sommerturnus ikke anses som «arbeid utover avtalt arbeidstid».

I denne saken har arbeidsgiver opplyst at det utarbeides egen gjennomsnittsberegnet sommerturnus basert på arbeidstakernes tilbakemeldinger. Disse godkjennes av tillitsvalgte og arbeidstakerne signerer den. Etter nemndas oppfatning bærer sommerturnusen preg av å være en form for avtalt ferievikariat ettersom arbeidstaker selv signerer turnusen. Nemnda har derfor kommet til at vakter som inngår i sommerturnusen ikke anses som arbeid utover avtalt arbeidstid og skal holdes utenfor beregningen.

Arbeidsgiver anfører videre at merarbeid utført i vakter som er tillagt stillinger arbeidstaker ikke er kvalifisert for, ikke skal inngå i beregningsgrunnlaget. Arbeidsgiver har dokumentert at dette gjelder 421 timer.

Nemnda bemerker innledningsvis at det i utgangspunktet er arbeidsgiver som fastsetter kompetansesammensetningen i virksomheten og hvilke kvalifikasjonskrav som skal gjelde for den enkelte stilling. Nemnda bør i begrenset grad prøve arbeidsgivers vurdering av dette.

Nemnda har også forståelse for at arbeidsgiver i enkelttilfeller kan vurdere det som faglig forsvarlig å tildele vakter til en assistent/miljøarbeider som vikar for stillinger med krav om 3-årig helse-/sosialfaglig utdanning, uten at dette dermed er uttrykk for en tilfredsstillende kompetansesammensetning i et lengre tidsperspektiv. I tilfeller som her, der arbeidsgiver jevnlig, over en lengre periode, har satt en arbeidstaker til å utføre merarbeid i vakter tilhørende stillinger med krav om en annen formalkompetansene enn det vedkommende innehar, blir spørsmålet om arbeidsgiver rettmessig kan påberope at slike vakter ikke skal gi uttelling ved krav om utvidet stilling etter arbeidsmiljøloven § 14-4 a. Slik nemnda ser det, må dette bero på en konkret vurdering av flere forhold, deriblant hva arbeidsgiver har foretatt seg for å dekke det aktuelle merarbeidsbehovet med kvalifisert arbeidskraft.

Dersom arbeidsgiver ikke kan vise til at man ved stillingsutlysninger eller andre tiltak aktivt har forsøkt å rekruttere arbeidstakere med de ønskede kvalifikasjoner, skal det etter nemndas syn mye til for å sannsynliggjøre at merarbeidet arbeidstakeren har utført i slike stillinger ikke er uttrykk for arbeidsgivers stabile og varige behov for vedkommendes arbeidskraft. Dette er i tråd med nemndas senere praksis, se blant annet flertallets votum i vedtak 33/18, 110/18 og nemndas enstemmige vedtak 23/19.

Arbeidsgiver har i denne saken redegjort for at kompetanseplan og turnus, for dagavdelingen og sprøyterommet, stiller visse kompetansekrav for å dekke virksomhetens behov. Det er også vist til Sprøyteromsforskriften. På grunn av utfordringer knyttet til rekruttering av kvalifisert arbeidskraft som kan arbeide annen hver helg, måtte helgestillingene gjøres om til ufaglærte i turnusen. Arbeidsgiver har opplyst at det i løpet av beregningsperioden er foretatt flere utlysninger for å skaffe sykepleiere/vernepleiere og sosionomer både til Sprøyterommet og Dagavdelingen. Videre er det opplyst at det er ansatt 5 nye sykepleiere/vernepleiere på Sprøyterommet siden august. Det er også flere pågående rekrutteringsprosesser.

I denne saken har nemnda, etter en konkret vurdering, kommet til at merarbeidet i de omtalte vaktene ikke er et uttrykk for arbeidsgivers stabile og varige behov for merarbeidet til en assistent/miljøarbeider. Nemnda har lagt vekt på at arbeidsgiver aktivt har forsøkt å rekruttere faglig kompetent personell til stillingene i løpet av beregningsperioden, og har klart å fylle flere av disse stillingene. Etersom de utlyste stillingene krever en annen kompetanse og utdanning enn det arbeidstaker innehar, mener nemnda at den delen av merarbeidet som er utført i vakter tillagt stillinger med krav om 3 årig helse-/sosialfaglig utdanning ikke skal inngå i beregningsgrunnlaget.

Nemnda går så over til vurderingen av om jevnlighetsvilkåret i arbeidsmiljøloven § 14-4 a er oppfylt. Etersom nemnda har kommet til at også merarbeidet som er utført i vakter tillagt stillinger med krav om 3-årig helse-/sosialfaglig utdanning ikke skal inngå i beregningsgrunnlaget, blir utgangspunktet for jevnlighetsvurderingen at A har utført merarbeid tilsvarende 157,5 timer i beregningsperioden.

Inngangskriteriet om at den deltidsansatte har arbeidet «jevnlign» 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 har A ikke krav på økt stilling. Nemnda viser til at det foreligger flere store opphold, blant annet at det ikke er utført merarbeid i 4 måneder i løpet av beregningsperioden. Samlet sett har merarbeidet etter nemndas oppfatning dermed ikke hatt tilstrekkelig omfang, hyppighet og stabilitet i den aktuelle tolv månedersperioden. 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

5. september 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).