

VEDTAK NR 229/17 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Twisteløsningsnemnda avholdt møte tirsdag 31. oktober 2017.

Ved behandlingen av saken var tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Sigrun Sagedahl, nestleder
Gry Brandshaug Dale, KS
Ragnhild Bø Raugland, Akademikerne

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 assistent i stilling på 26 prosent ved etat Tjenester til funksjonshemmede, B kommune.

Den 23. februar 2017 fremsatte A krav om stillingsutvidelse på grunnlag av utført merarbeid de siste 12 måneder, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Kravet ble avslått av kommunen i brev datert 1. juni 2017.

Saken ble brakt inn for tvisteløsningsnemnda ved e-post av 15. juni 2017. 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 15. juni 2017
- e-post av 18. juli 2017
- e-post av 21. august 2017

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev datert 4. august 2017
- brev datert 5. september 2017

Arbeidstakers anførsler

A anfører i det vesentligste:

Merarbeidet er jevnlig utført i beregningsperioden. Arbeidsgiver benytter fortsatt i stor utstrekning assistenter til å dekke opp vakter ved sykdom og fravær fra ansatte med høyskoleutdanning, og kan dermed ikke høres med at A ikke kan få utvidet stilling grunnet manglende formalkompetanse. Det bestrides også at sykefraværet samt innleie av assistenter er redusert i den grad arbeidsgiver anfører.

Arbeidsgivers anførsler

B kommune anfører i det vesentligste:

Merarbeid utført i vakter for stillinger som krever høyskoleutdanning, og som A dermed ikke er kvalifisert for, skal ikke tas med i beregningsgrunnlaget. Når slike vakter tas ut, er jevnlighetsvilkåret i arbeidsmiljøloven § 14-4 a ikke oppfylt.

Videre er behovet for merarbeidet bortfalt. Kommunen etablerte i april 2015 en ressursenhet for å ha en stående avdeling av fast ansatte som kunne dekke inn fravær i etaten.

Ressursenheten har fra oppstarten og frem til i dag økt fra 53 til 73 årsverk. Dekningsgraden til Ressursenheten har slik økt med 38 prosent, noe som medfører en tilsvarende reduksjon i behovet for merarbeid fra andre ansatte.

Det har vært en jevn nedgang i sykefraværet i etat Tjenester til funksjonshemmede gjennom de siste to årene. I januar 2015 hadde etaten et sykefravær på 14,4 prosent, i januar 2016 på 13,3 prosent og i januar 2017 på 11,5 prosent. Samtidig har fraværet i virksomhet Ressursenheten sunket fra 21,8 prosent i januar 2015, til 17,0 prosent i januar 2016 og til 14,3 prosent i januar 2017. Dette resulterer i at vikarbehovet i perioden er redusert samtidig som Ressursenheten dekker et stadig økende antall ledige vakter med fast ansatte på grunn av økning i årsverk.

Twisteløsningsnemndas 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 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 23. februar 2017. 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 23. februar 2016 til og med 22. februar 2017.

Dokumentasjonen som er forelagt nemnda viser at A har arbeidet 550,75 timer utover sin faste stilling i beregningsperioden. Arbeidsgiver har redegjort for at 255 timer av As sitt merarbeid har vært i vakter i stillinger hvor det er krav om høyskoleutdanning. Ettersom disse stillingene krever en annen kompetanse og utdannelse enn det arbeidstaker innehar, finner nemnda at dette merarbeidet ikke kan inngå i jevnlighetsvurderingen, da dette merarbeidet ikke er uttrykk for arbeidsgivers behov for en assistents kompetanse.

Problemstillingen nemnda da må vurdere er hvorvidt merarbeidet, utover merarbeid i vakter som krever høyskoleutdanning, har vært utført jevnlig i bestemmelsens forstand. Kriteriet 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. 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.

Etter nemndas forståelse av jevnlighetskriteriet, har arbeidstaker ikke krav på økt stilling. Nemnda viser til at det i beregningsperioden blant annet er to opphold på mer enn ti uker uten merarbeid i vakter arbeidstaker er formelt kvalifisert til. 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 dermed kommet til 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. I lys av dette trenger nemnda ikke ta stilling til hvorvidt oppbemanning av ressursenheten og redusert sykefravær ved etaten medfører at behovet for As merarbeid ikke lenger foreligger.

Konklusjon

Arbeidstaker gis ikke medhold.

Tvisteløsningsnemnda

Sigrun Sagedahl
nestleder

03.11.2017

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).