

VEDTAK NR 125/17 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Tvisteløsningsnemnda avholdt møte onsdag 31. mai 2017.

Ved behandlingen av saken var tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Anne Marie Due, leder

Per Engeland, Virke

Ragnhild Bø Raugland, Akademikerne (vara)

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 assistent i stilling på 11,38 prosent i B kommune, Y behandlingssenter, tidligere X omsorgssenter. Hun har hatt en rammeavtale om ekstraarbeid i perioden 16. mars til 31. desember 2015, herunder et vikariat for en navngitt person. I tillegg har A hatt et ferievikariat i perioden 20. juni til 14. august 2016.

Den 11. oktober 2016 fremsatte A krav om stillingsutvidelse på grunnlag av utført merarbeid de siste 12 måneder, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Arbeidsgiver avsto søknaden i drøftingsmøtet, jf. referat datert 18. november 2016. Avslaget var begrunnet med at merarbeidet ikke var utført jevnlig.

Vaktoversikt forelagt nemnda viser at A har arbeidet 1051,5 timer utover sin faste stilling i perioden 11. oktober 2015 til 10. oktober 2016. Full stilling utgjør 1846 timer per år.

Saken ble brakt inn for tvisteløsningsnemnda ved epost av 28. november 2016.

Overfor nemnda har begge parter fått anledning til å komme med utfyllende merknader i saken.

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidstaker:

- brev av 28. november 2016
- brev av 3. mai 2017

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev poststempelt 22. desember 2016
- brev av 8. februar 2017
- e-post av 8. mai 2017
- e-post av 10. mai 2017

Arbeidstakers anførsler

A anfører i det vesentligste at merarbeidet viser et stabilt behov som gir henne rett til utvidet stilling tilsvarende faktisk arbeidstid, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a. A anfører at alt merarbeid som hun har utført i hele virksomheten skal tas med i beregningen. I tillegg anfører hun at hun ikke har gått i et fast ferievikariat i beregningsperioden, men tatt løse vikartimer. A påpeker at der arbeidsgiver ikke har registrert ferie, har hun muntlig gitt beskjed om uttak av ferie. Videre anføres det at behovet for hennes kompetanse som er brukt i ekstravaktene bør vektlegges, ikke stillingskoden hun har fylt. Oppstart av bemanningssentral, ansatte på topp og økt grunnbemanning vil ikke dekke inn det totale merarbeidsbehovet i kommunen, det vil fortsatt være behov for ekstravakter.

Arbeidsgivers anførsler

B kommune anfører i det vesentligste at A ikke har utført jevnlig merarbeid i beregningsperioden. Den 20. september 2016 ble X overflyttet til ny enhet, Y behandlingssenter. I denne forbindelse ble 5,5 stillinger definert som overtallige. Det er fortsatt 0,8 årsverk som er overtallig i enheten hvor man ikke har funnet annet passende arbeid i kommunen. Disse går på topp og blir benyttet i vikariat og ved sykdom. Etter oppstart av Y behandlingssenter har de fått ansatte på plass i fem vakante helgestillinger, noe som har medført redusert vikarbehov. Videre anfører arbeidsgiver at merarbeidstimer i stillinger til sykepleiere og i ferievikariat skal tas ut av beregningen. Kommunen har planer om å etablere en bemanningsentral for å dekke opp for fravær. Perioden 5. juni 2016 til 19. juni 2016 er ikke registrert som ferie hos arbeidsgiver, men er en arbeidsfri periode mellom egne faste vakter.

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).

Etter 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.

A fremsatte sitt krav for arbeidsgiver 11. oktober 2016. Nemnda legger til grunn at siste dag i tolv månedersperioden er dagen forut for at kravet ble fremsatt for arbeidsgiver. Den relevante beregningsperioden i denne saken er dermed fra og med 11. oktober 2015 til og med 10. oktober 2016.

Unigheten mellom partene i denne saken gjelder hvorvidt merarbeidet har vært utført jevnlig og om enkelte ekstravakter skal tas med i beregningsgrunnlaget. Arbeidsgiver anfører også at det etter omorganisering og ansettelser i vakante stillinger er et redusert vikarbehov.

Dokumentasjon i saken viser at A har utført 725 merarbeidstimer utover fast stilling i beregningsperioden, fratrukket ekstravakter i sykepleierstillinger som arbeidstaker ikke er kvalifisert for. Nemnda viser til tidligere vedtak, herunder 55/16, 3/17 og 68/17, hvor det er lagt til grunn at merarbeidstimer utført av assistenter i sykepleierstillinger ikke kan inngå i beregningsgrunnlaget for utvidet stillingsprosent da stillingene krever en annen kompetanse og autorisasjon.

Det følger av forarbeidene, jf. Prop. 83 L (2012-2013), punkt 4.4.4.2, at bestemmelsen må «avgrenses 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». På den annen side presiseres det i forarbeidene at det ikke er «meningen at retten skal kunne uthules av at typiske ekstravakter konstrueres som enkeltstående midlertidige ansettelser». Det sentrale i vurderingen er

«arbeidets varighet og dets karakter av å dekke en «merarbeidssituasjon» eller om det fremstår som «ekstraarbeid».

Nemnda har i tidligere praksis, eksempelvis i sak 85/16, lagt til grunn at ferievikarvakter som inngikk i en forhåndsavklart sommerturnus, ikke anses som «arbeid utover avtalt arbeidstid». I sak 182/16 ble en personlig underskrevet og avtalt turnus for arbeid som sommervikar ansett som avtalt arbeidstid.

Nemnda finner at merarbeidstimer som ferievikar i perioden 20. juni til 14. august 2016 skal trekkes fra beregningsgrunnlaget. Det er fremlagt ferievikariatavtale og turnus for ferievikariatet, og merarbeidet er derved ikke «arbeid utover avtalt arbeidstid». Dette tilsvarer 154,5 merarbeidstimer.

Arbeidstaker har også hatt en rammeavtale om ekstraarbeid i perioden 16. mars til 31. desember 2015. Avtalen gjaldt midlertidig tjeneste etter tilkalling ved vikariat for navngitt person, eller som ekstrahjelp når arbeidet atskiller seg fra ordinært arbeid. Det er dokumentert at hun har hatt et vikariat for en navngitt person i denne perioden og det er fremlagt en separat avtale vedlagt turnus for dette vikariatet. Nemnda finner at disse timene også skal trekkes fra beregningsgrunnlaget, da det ikke er «arbeid utover avtalt arbeidstid». Utover vikariatet er det ikke dokumentert at det øvrige merarbeid under rammeavtalen er avtalt på forhånd. I tråd med praksis i lignende tilfeller (bla. vedtak 174/16), har nemnda derfor kommet til at arbeid i perioden for rammeavtalen som overstiger hennes faste stilling og vikariatet, må inngå i grunnlaget for beregning av merarbeid.

Når det gjelder jevnlighetsvilkåret fremkommer det av bestemmelsens forarbeider (Prop. 83 L for 2012-1013) 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 opptjeningsperioden, 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 opptjeningsperioden 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.

Dokumentasjon som er forelagt nemnda viser at A bl.a. har hatt to lengre perioder uten merarbeid. Disse er på seks og åtte uker. I oppholdet på seks uker anfører arbeidstaker at hun har avvirket ferie og i oppholdet på åtte uker har hun hatt et ferievikariat og avvirket ferie. Forøvrig er det ikke opplyst noen grunn til oppholdene. Nemnda kan dermed ikke se at merarbeidet har hatt tilstrekkelig omfang, hyppighet og stabilitet i beregningsperioden. Etter en helhetsvurdering fremstår ikke merarbeidet som jevnlig og det kan ikke legges til grunn at det representerer en etablert praksis som oppfyller lovens krav.

Ettersom nemnda har kommet til at merarbeidet ikke er utført jevnlig, er det ikke nødvendig å ta stilling til om behovet for merarbeid er bortfalt.

Konklusjon

Arbeidstaker gis ikke medhold.

Tvisteløsningsnemnda

Anne Marie Due
leder

01.06.2017

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).