

VEDTAK NR 159/17 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Tvisteløsningsnemnda avholdt møte onsdag 21. juni 2017.

Ved behandlingen av saken var tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Anne Marie Due, leder

Per H. Engeland, Virke

Ragnhild Bø Raugland, Akademikerne (vara)

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 27,41 prosent i B kommune.

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

I drøftingsmøte med arbeidsgiver 31. januar 2017 ble A tilbudt en delvis innfrielse av kravet i form av en stillingsutvidelse tilsvarende 12 prosent stilling. Arbeidsgiver begrunnet dette med at A ikke var kvalifisert for den resterende delen av det utførte merarbeidet.

Saken ble brakt inn for tvisteløsningsnemnda ved e-post av 23. februar 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 23. februar 2017
- e-post av 27. april 2017

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev datert 29. mars 2017
- e-post av 16. juni 2017

Arbeidstakers anførsler

A anfører i det vesentligste:

Hun har rett til stilling tilsvarende faktisk arbeidstid i beregningsperioden. Det er finnes ingen rettslige holdepunkter for ekstravakter hun ikke var formelt kvalifisert for skal utelates fra beregningen av faktisk arbeidstid i henhold til arbeidsmiljøloven § 14-4 a. Selv om hun ikke skulle kunne kreve å fortsette med arbeid i en stilling hun ikke fyller utdanningskravene til, gir loven henne rett til større stilling i virksomheten som sådan.

Arbeidsgivers anførsler

B kommune anfører i det vesentligste:

Kommunen bestrider ikke at A jevnlig har utført merarbeid i beregningsperioden. Merarbeidet som er utført i vakter som krever høyskolekompetanse, noe A ikke har, må imidlertid holdes utenfor ved beregningen av stillingsstørrelse. Det samme må vakter utført i avtalefestet ferievikariat. Ved en ny gjennomgang av kravet, mener arbeidsgiver at det korrekte hadde vært å tilby A en fast stillingsstørrelse på 54,47, altså en økning på 27,06 prosent stilling.

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 merarbeid ikke lenger foreligger. Tolvmånedersperioden skal beregnes med utgangspunkt i det tidspunkt arbeidstaker fremmet sitt krav.

Arbeidstaker fremsatte sitt krav for arbeidsgiver 14. desember 2016. 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 14. desember 2015 til og med 13. desember 2016.

Uenigheten mellom partene dreier seg i hovedsak om hvorvidt merarbeid utført i vakter som krever høyskoleutdanning (vernepleier/sykepleier) skal gi uttelling ved beregningen av arbeidstakers nye stillingsprosent.

Timelistene som er forelagt nemnda viser at A har arbeidet 538,25 timer utover avtalt arbeidstid i perioden. Da er vakter under avtale om ferievikariat trukket fra. Dokumentasjonen som er fremlagt av arbeidsgiver viser videre at 87,5 timer av merarbeidet har vært i vakter som er tillagt vernepleier/sykepleier.

Nemnda vil i det følgende ta stilling til om merarbeidet som er utført i sykepleiervakter skal tas med ved vurderingen av jevnlighet, samt hvorvidt merarbeidet er jevnlig utført i lovens forstand.

Nemnda er av den oppfatning at sykepleiervakter ikke kan inngå i grunnlaget for beregning av utvidet stillingsprosent, ettersom vernepleier/sykepleierstillinger krever en annen kompetanse og autorisasjon enn assistenter. Disse vaktene må også holdes utenfor jevnlighetsvurderingen. Dette fordi gjennomførte ekstravakter i vernepleier/sykepleierstillinger, ikke gir uttrykk for arbeidsgivers stabile og varige behov for en assistents arbeidskraft. Arbeidsgivers reelle behov vil være autoriserte vernepleiere/sykepleiere, og eventuelle utfordringer ved fravær eller rekruttering kan ikke løses ved at det gis utvidet stilling for andre yrkesgrupper. Dette synet er også i tråd med nemndas tidligere praksis, se blant annet vedtak 03/17.

Til tross for at de nevnte vaktene ikke inntas i jevnlighetsvurderingen, har nemnda etter en konkret vurdering kommet til at jevnlighetsvilkåret må anses oppfylt i denne saken. Partene er heller ikke uenige om dette. Nemnda har etter dette kommet til at A fyller kravene i § 14-4 a.

Det følger da av bestemmelsen at arbeidstaker har rett til stilling tilsvarende faktisk arbeidstid i tolv månedersperioden. Ved fastsettelsen av ny stillingsprosent tar nemnda utgangspunkt i den stillingsprosent det samlede merarbeidet tilsier på årlig basis, uten hensyntaken til variasjoner fra måned til måned. Opptjent stillingsøkning må etter nemndas oppfatning beregnes med utgangspunkt i brutto årstimetall i full stilling fratrukket ferie, i dette tilfellet 1668,5 timer. Dokumentasjonen i saken viser at A etter fratrekk for vernepleier/sykepleiervakter har arbeidet 450,75 timer utover avtalt arbeidstid i beregningsperioden. Dette tilsvarer en stillingsprosent på 27,02, slik at A samlet sett har rett til en stilling på 54,43 prosent.

Konklusjon

Merarbeidet gir arbeidstaker rett til økning av sin stilling med en stillingsprosent på 27,02.

Tvisteløsningsnemnda

Anne Marie Due
leder

27.06.2017

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).