

VEDTAK NR 117/17 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Tvisteløsningsnemnda avholdt møte torsdag 30. mars 2017.

Ved behandlingen av saken var tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Sigrun Sagedahl, nestleder
Ragnhild Bø Raugland, Akademikerne (vara)
Øyvind Sollie, Spekter (vara)

Særskilt oppnevnte medlemmer

Cecilie R. Sæther, KS
Arne Løseth, Fagforbundet

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 i tre ulike deltidstillinger i B kommune. Herunder som assistent i stilling på 14,3 prosent ved hjemmesykepleien, som assistent i stilling på 14,52 prosent ved X fritidsklubb, og som fritidsmedarbeider ved samme sted i stilling på 6,8 prosent. Samtlige stillinger i B kommune.

Den 26. januar 2016 fremsatte A krav om stillingsutvidelse på grunnlag av utført merarbeid de siste 12 måneder, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Arbeidsgiver avslo søknaden i brev datert 3. februar 2016. Avslaget var begrunnet med at merarbeidet ikke er utført jevnlig.

Timelister forelagt nemnda viser at A i sine stillinger har arbeidet til sammen 932,5 timer utover avtalt arbeidstid i perioden 26. januar 2015 til 25. januar 2016. Full stilling utgjør 1846 timer per år.

Saken ble brakt inn for tvisteløsningsnemnda ved brev av 15. februar 2016.

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

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidstakersiden:

- brev av 15. februar 2015
- brev av 19. mars 2016
- e-post av 3. mars 2017
- e-post av 19. mars 2017

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev av 16. mars 2016
- brev av 12. mars 2017
- e-post av 19. mars 2017

Arbeidstakers anførsler

A anfører at han har rett til utvidet stilling basert på hans samlede utførte merarbeid i perioden. Han arbeider for kommunen i tre ulike stillinger, og merarbeidet må vurderes samlet. Deler av opphold i perioden med merarbeid skyldes omsorgspermisjon.

Han har arbeidet i stillingene i henholdsvis 6 og 11 år og er kvalifisert for å gjøre merarbeidet han er tildelt. Han utfører en rekke arbeidsoppgaver som sammenfaller med oppgavene til fagarbeidere, og blir selv ferdig med sin utdannelse som fagarbeider i løpet av 2017.

Arbeidsgivers anførsler

B kommune anfører for det første at merarbeidet ikke er utført jevnlig. Arbeidstaker har tre ansettelsesforhold i kommunen, hvor stillingen i hjemmesykepleien har vesentlig annet innhold og karakter, og må derfor vurderes for seg. Både for stillingen i hjemmesykepleien og stillingene i kultur vil det være opphold i merarbeidet på over 6, 11 og 12 uker.

For det andre anføres det at det arbeid som er utført i hjemmesykepleien i hovedsak knytter seg til vikariater i stillinger for sykepleiere og fagutdannet helsepersonell. A har dermed ikke de nødvendige kvalifikasjonene til å utføre alle arbeidsoppgaver som inngår i stillingene.

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).

Etter forskrift om tvisteløsningsnemnd etter arbeidsmiljøloven § 2 settes nemnda med nestleder 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 26. januar 2016. Nemnda legger til grunn at siste dag i beregningsperioden er dagen forut for at kravet ble fremsatt for arbeidsgiver. Den relevante perioden i denne saken er dermed fra 26. januar 2015 til 25. januar 2016.

Opptjent stillingsøkning må etter nemndas oppfatning beregnes med utgangspunkt i brutto årstimetall i full stilling fratrukket ferie, i dette tilfellet 1668,5 timer. I henhold til sakens dokumenter har A arbeidet 932,5 timer utover avtalt arbeidstid i beregningsperioden.

Arbeidsgiver har dokumentert at 578,5 timer av As merarbeid har vært i vakter som er tillagt stillingshjemler for sykepleiere, og fagutdannet helsepersonell. Arbeidsgiver har anført A ikke har de formelle kvalifikasjonene for å få stillingsutvidelse på grunnlag av merarbeidet han har utført i disse stillingene.

Ettersom stillingene krever en annen utdanning og autorisasjon enn det A har, finner nemndas flertall, medlemmene Sagedahl, Raugland, Sollie og Sæther, at merarbeidet på 578,5 timer ikke kan inngå i grunnlaget for beregning av utvidet stillingsprosent. Dette merarbeidet er etter flertallets oppfatning ikke et uttrykk for arbeidsgivers stabile og varige behov for en assistents merarbeid. A sitt merarbeid på 354 timer ($932,5 - 578,5$) tilsvarer derfor en stillingsprosent på 21,22.

Nemndas mindretall, medlemmet Løseth, er av den oppfatning at også timene relatert til stillingshjemler for sykepleiere og fagutdannet helsepersonell er et uttrykk for arbeidsgivers behov for As merarbeid, og dermed må inngå i beregningsgrunnlaget på lik linje med merarbeidet utført som assistent.

Uenigheten mellom partene i denne saken gjelder hvorvidt merarbeidet 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. Dette beror på en konkret og skjønnsmessig vurdering.

B kommune har anført at stillingene i hjemmesykepleien og stilingene innenfor kultur må vurderes for seg grunnet ulikt innhold og karakter.

Nemndas flertall, medlemmene Sagedahl, Raugland, Sollie og Sæther har kommet til at merarbeidet ikke er utført jevnlig i lovens forstand.

Etter flertallets syn må As merarbeid ved hjemmesykepleien og fritidsklubben vurderes hver for seg. Det vektlegges i denne sammenheng at As stillinger er innenfor helt ulike tjenesteområder og har ulikt innhold. Til forskjell fra nemndas vurderinger i vedtak 68/17 og 80/17 hvor det ble lagt til grunn at merarbeid utført ved ulike avdelinger måtte vurderes samlet, legger flertallet i nærværende sak vekt på at A har tre ulike stillinger, med tilknyttede arbeidsavtaler for hvert tjenestested. Etter nemndas syn vil en samlet vurdering derfor ikke være egnet for å vurdere om merarbeidet framstår som en etablert praksis, eller gir uttrykk for et stabilt og varig behov ved det enkelte tjenestested hvor A er ansatt.

Vakter som ikke som ikke inngår i grunnlaget for beregning av utvidet stillingsprosent, må etter flertallets syn holdes utenfor jevnlighetsvurderingen. Det vises til flertallets vurdering av samme problemstilling i vedtak 03/17 og 68/17.

Etter flertallets forståelse av jevnlighetskriteriet, har A ikke krav på utvidet stilling. Når merarbeidet i stillinger for sykepleiere og fagutdannet helsepersonell ikke inngår i jevnlighetsvurderingen, er det i beregningsperioden flere lengre opphold uten noe merarbeid. Selv om flertallet har tatt hensyn til ferie, permisjoner og annet fravær som normalt forhindrer merarbeid, har merarbeidet etter flertallets oppfatning ikke hatt tilstrekkelig omfang, hyppighet og stabilitet til at nemnda kan konkludere med at merarbeidet er uttrykk for et stabilt og varig behov hos arbeidsgiver.

Nemnda finner etter en helhetsvurdering 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.

Nemndas mindretall, medlemmet Løseth, har kommet til et annet resultat.

Etter mindretallets forståelse av kravet til jevnlighet må A ha krav på økt stilling. I motsetning til nemndas flertall, legger mindretallet til grunn at alt merarbeid for B kommune må vurderes

samlet, da kommunen må anses som arbeidsgiver i alle av As ansettelsesforhold. Uavhengig av tjenestested må det ved jevnlighetsvurderingen legges til grunn at arbeidsgiver er en virksomhet hvor det opparbeides rett til stillingsutvidelse. Det vises nemndas vurdering i sak 68/17 og 80/17.

Mindretallet er videre av den oppfatning at merarbeidet er utført og at arbeidstaker, uavhengig av kvalifikasjoner eller autorisasjon, har dekket et vedvarende behov for arbeidskraft. All den tid utførte vakter i stillinger for sykepleiere og fagutdannet helsepersonell ikke inngår i beregningsgrunnlaget for utvidet stilling, vil vaktene dermed kun ha betydning for om vilkårene for utvidelse av arbeidstakers nåværende stilling er tilstede. Det må i tillegg vektlegges at A er i ferd med å ferdigstille sin utdanning som fagarbeider, og har ikke hatt mulighet til å ta ekstravakter som assistent, så lenge han har dekket ekstravakter i sykepleier og fagarbeiderstillinger. Det vises for øvrig til mindretallets vurdering i vedtak 03/17, samt vedtak 55/16 og flertallets vurderinger i vedtak 20/16.

Når alt merarbeid inngår i jevnlighetsvurderingen, går merarbeidet i denne saken etter mindretallets oppfatning utover det sporadiske. Selv om det har visse svingninger i intensiteten i opptjeningsperioden, har ekstraarbeidet vært tilstrekkelig jevnt fordelt utover året. Mindretallet viser til at A har hatt ekstravakter hver måned i beregningsperioden og ekstraarbeidet har hatt tilstrekkelig omfang, hyppighet og stabilitet i tolv månedersperioden. Merarbeidet fremstår dermed etter en helhetsvurdering som en etablert praksis som oppfyller lovens krav. Mindretallet har etter dette kommet til at A fyller kravene i § 14-4 a.

Konklusjon

Arbeidstaker gis ikke medhold.

Tvisteløsningsnemnda

Sigrun Sagedahl
nestleder

05.05.2017

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).