

VEDTAK NR 134/17 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Tvisteløsningsnemnda avholdt møte tirsdag 23. mai 2017.

Ved behandlingen av saken var tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Steffen G. Rogstad, nestleder
Silje Hassellund Solberg, LO
Silje Stadheim Almestrand, NHO

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 fagarbeider i stilling på 20 prosent ved X Bo- og behandlingssenter, B kommune.

Den 19. september 2016 fremsatte Fagforbundet på vegne av A krav om stillingsutvidelse til 38,62 prosent stilling på grunnlag av utført merarbeid de siste 12 måneder, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

I forhandlingsmøte med arbeidsgiver 8. november 2016 ble A tilbudt en delvis innfrielse av kravet i form av en utvidelse til 34,5 prosent fast stilling. Arbeidsgiver begrunnet dette med at A ikke var kvalifisert for den resterende delen av det utførte merarbeidet, fordi dette ble utført i vakter som krever sykepleierkompetanse.

Saken ble brakt inn for tvisteløsningsnemnda ved brev datert 9. november 2016, poststemplett 15. 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 datert 9. november 2016
- e-post av 20. mars 2017

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev datert 24. april 2017
- e-post av 5. mai 2017

Arbeidstakers anførsler

A anfører i det vesentligste:

Sykepleiervaktene må også inngå i beregningsgrunnlaget. Dette er vakter hun har blitt tildelt når hun har uttrykt ønske om merarbeid, og således ikke noe hun selv har kunnet velge/påvirke.

Arbeidsgivers anførsler

B kommune anfører i det vesentligste:

Arbeidsgiver har delvis innfridd A sitt krav om stillingsutvidelse. Hun har fått tilbudt utvidelse til stilling på 34,5 prosent, mens hennes krav var på 38,62 prosent. Differansen utgjør merarbeid som er knyttet til behov for sykepleierkompetanse, noe A ikke er kvalifisert for.

Tvistløsningsnemndas 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 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. Tolvmånedersperioden skal beregnes med utgangspunkt i det tidspunkt arbeidstaker fremmet sitt krav.

Arbeidstaker fremsatte sitt krav for arbeidsgiver 19. september 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 19. september 2015 til og med 18. september 2016.

Arbeidstaker har fått sitt krav delvis innvilget, og uenigheten mellom partene dreier seg i hovedsak om hvorvidt utført merarbeid i sykepleiervakter også skal medregnes i beregningsgrunnlaget.

Dokumentasjonen som er forelagt nemnda viser at A har arbeidet 286 timer utover sin faste stilling i opptjeningsperioden. Arbeidsgiver har dokumentert at 82,5 timer av As merarbeid har vært i vakter som er tillagt sykepleiere.

Nemnda vil i det følgende ta stilling til om A skal få uttelling for den delen av merarbeidet som er utført i sykepleiervakter, samt hvorvidt merarbeidet er jevnlig utført i lovens forstand.

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 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 etter nemndas oppfatning 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.

I vurderingen av saken har nemnda delt seg i et flertall og et mindretall.

Nemndas flertall, medlemmene Rogstad og Almestrand, har kommet til at merarbeidet ikke er utført jevnlig i lovens forstand. Sentralt for flertallets vurdering er at sykepleiervakter ikke kan inngå i grunnlaget for beregning av utvidet stillingsprosent, ettersom sykepleierstillinger krever en annen kompetanse og autorisasjon enn fagarbeidere. Sykepleiervaktene må også holdes utenfor jevnlighetsvurderingen. Dette fordi gjennomførte ekstravakter i sykepleierstillinger, ikke gir uttrykk for arbeidsgivers stabile og varige behov for en fagarbeiders arbeidskraft. Arbeidsgivers reelle behov vil være autoriserte 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.

Etter flertallets forståelse av jevnlighetskriteriet, har arbeidstaker ikke krav på økt stilling. Når merarbeidet i sykepleierstillinger ikke inngår i jevnlighetsvurderingen, er det i opptjeningsperioden flere lengre opphold uten noe merarbeid. Selv om det blir tatt hensyn til ferie 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.

Nemndas flertall 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 Solberg, har kommet til et annet resultat. Slik mindretallet vurderer saken, fyller A kravene i arbeidsmiljøloven § 14-4 a. Sentralt i mindretallets vurdering er det synd at de gjennomførte sykepleiervaktene omfattes av bestemmelsen og dermed skal inngå i jevnlighetsvurderingen. Det vises til tvisteløsningsnemndas vedtak 55/16 hvor en enstemmig nemnd la dette utgangspunktet til grunn. Det vises også til mindretallets vurdering i vedtakene 03/17 og 68/17. Slik mindretallet ser det har merarbeidet da hatt tilstrekkelig omfang, hyppighet og stabilitet til at det er uttrykk for et stabilt og varig behov hos arbeidsgiver. I lys av flertallets konklusjon er det ikke nødvendig for mindretallet å vurdere om sykepleiervaktene også skulle inngå i beregningsgrunnlaget ved beregningen av utvidet stillingsprosent.

Konklusjon

Arbeidstaker gis ikke medhold.

Tvisteløsningsnemnda

Steffen G. Rogstad
nestleder

06.06.2017

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).