

VEDTAK NR 118/17 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Twisteløsningsnemnda avholdt møte torsdag 30. mars 2017.

Ved behandlingen av saken var tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

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

Bransjemedlemmer

Cecilie Sæther, KS
Arne Løseth, Fagforbundet

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 21 prosent i B kommune. Den 16. oktober 2015 avla A fagprøve i helsearbeiderfaget og besto.

Den 7. desember 2015 fremsatte A krav om stillingsutvidelse med grunnlag i utført merarbeid de siste 12 måneder, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Arbeidsgiver avsto søknaden i brev datert 4. februar 2016. Avslaget var begrunnet med at merarbeidet ikke var utført jevnlig i den aktuelle perioden.

Vaktoversikt forelagt nemnda viser at A har arbeidet 1076 timer utover sin faste stilling i perioden 7. desember 2014 til 6. desember 2015. Full stilling utgjør 1846 timer per år.

Saken ble brakt inn for tvisteløsningsnemnda ved brev mottatt 9. mars 2016, sendt fra arbeidstaker 3. mars 2016.

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

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidstaker:

- brev mottatt 9. mars 2016
- brev datert 31. mars 2016
- brev datert 10. mai 2016
- brev datert 8. juni 2016

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev datert 9. mai 2016
- to eposter av 13. mars 2017
- e-post av 23. mars 2017
- e-post av 6. april 2017

Arbeidstakers anførsler

A anfører i det vesentligste at merarbeidet viser et stabilt behov som gir han rett til utvidet stilling tilsvarende faktisk arbeidstid, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Arbeidsgivers anførsler

B kommune anfører i det vesentligste at A i flere, lengre perioder ikke har utført merarbeid og at lovens vilkår om «jevnlig» utførelse av merarbeid dermed ikke er oppfylt. Videre er ekstraarbeidet som A har utført i hovedsak vikararbeid for helsepersonell. A oppfyller ikke de formelle kravene som følger av helsepersonelloven for flesteparten av vaktene som er utført før han fikk fagbrev 16. oktober 2015. Arbeidsgiver anfører at A er kvalifisert for vikarvakter for spes. hjelpepleier og helsefagarbeidere etter han tok fagbrev.

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).

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 7. desember 2015. 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 7. desember 2014 til 6. desember 2015.

Dokumentasjonen i saken viser at A har arbeidet 1076 timer utover avtalt arbeidstid i beregningsperioden. Av dette merarbeidet er 854,75 timer utført i stillinger for helsepersonell med fag eller høyskoleutdannelse. Herunder sykepleiere, hjelpepleiere, vernepleiere, miljøterapeuter og fagarbeidere.

A besto fagprøve som helsefagarbeider 16. oktober 2015. Arbeidsgiver anfører at arbeidstaker ikke har de formelle kvalifikasjonene for å få stillingsutvidelse på grunnlag av merarbeidet han har utført i stillingene som sykepleier, vernepleier og miljøterapeut, men at han er kvalifisert for stillingsutvidelse på grunnlag av merarbeid i hjelpepleier og fagarbeiderstillinger etter han fikk fagbrev.

Nemnda har i tidligere saker, herunder vedtak 55/16, 3/17 og 68/17 lagt til grunn at merarbeidstimer utført av assistenter og helsefagarbeidere i sykepleierstillinger ikke kan inngå i beregningsgrunnlaget for utvidet stillingsprosent da stillingene krever en annen kompetanse og autorisasjon.

Timelistene viser at A har utført 6 merarbeidstimer i sykepleierstillinger, og nemnda finner at tidligere praksis også må gjøres gjeldende i nærværende sak, da A ikke har autorisasjon eller utdanning som sykepleier. Disse timene skal derfor ikke inngå i beregningsgrunnlaget for stillingsutvidelse.

Timelistene viser videre at A i beregningsperioden har utført 848,75 timer merarbeid som assistent i hjelpepleier, miljøterapeut, vernepleier eller fagarbeiderstillinger. Arbeidsgiver har på oppfordring gitt nemnda sin vurdering av sentrale forskjeller og likheter i de oppgaver som utføres av henholdsvis fagarbeidere og assistenter.

På samme måte som ved merarbeid utført i stillinger for sykepleiere, finner nemnda at det sentrale spørsmålet må være hvorvidt arbeidstakers merarbeid dekker arbeidsgivers reelle behov for arbeidskraft og kompetanse.

Nemnda finner etter en helhetsvurdering at merarbeidet utført av A i stillinger tillagt vernepleiere og miljøterapeutstillinger ikke kan inngå i beregningsgrunnlaget for stillingsutvidelse.

I vurderingen legger nemnda vekt på at det til tross for flere sammenfallende oppgaver mellom fagarbeidere, vernepleiere, miljøterapeuter og hjelpepleiere, også foreligger vesentlige forskjeller. Etter nemndas syn vil sammensetningen av ansatte og deres kompetanse være avgjørende for det helsetilbudet en kommune kan tilby. All den tid ansatte ikke har de nødvendige kvalifikasjoner til å dekke den etterspurte kompetanse, finner ikke nemnda grunnlag for å overprøve arbeidsgivers vurderinger av bemanningsbehov for å kunne gi et forsvarlig helsetilbud. A er utdannet helsefagarbeider og er dermed kvalifisert for vakter som hjelpepleier og helsefagarbeider.

Merarbeid utført i stillinger for vernepleiere og miljøterapeuter med 50,5 timer holdes dermed også utenfor beregningsgrunnlaget for utvidet stillingsprosent.

Nemndas mindretall, medlemmet Løseth, er av den oppfatning at også timene relatert til stillingshjerner 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 til A 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 2012-1013) at merarbeidets hyppighet, omfang og stabilitet vil være sentrale momenter i vurderingen av jevnlikhetskriteriet. 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 jevnlikhetskriteriet i arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Nemnda har etter en konkret helhetsvurdering kommet frem til at merarbeidet under tvil er utført jevnlig i lovens forstand. Merarbeidet i denne saken går etter nemndas oppfatning utover det sporadiske og ekstraarbeidet har vært tilstrekkelig jevnt fordelt utover året. Nemnda viser til at A har hatt ekstravakter hver måned i beregningsperioden bortsett fra juni hvor han har avviklet tre uker ferie. Ekstraarbeidet har hatt tilstrekkelig omfang, hyppighet og stabilitet i opptjeningsperioden. Etter en totalvurdering fremstår merarbeidet som en etablert praksis som oppfyller lovens krav.

Dokumentasjon i saken viser at A har utført 1019,5 merarbeidstimer i beregningsperioden fratrukket merarbeidstimer som vernepleier, sykepleier og miljøterapeut. Etter nemndas oppfatning må stillingsøkning beregnes med utgangspunkt i brutto årstimetall i full stilling fratrukket ferie, i dette tilfellet 1668,5 timer. Det utførte merarbeidet tilsvarer dermed en stillingsprosent på 61,10.

Konklusjon

Arbeidstaker har rett til økning av sin stilling med en stillingsprosent på 61,10.

Tvisteløsningsnemnda

Sigrun Sagedahl
nestleder

19.05.2017

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).