

## **VEDTAK NR 68/17 I TVISTELØSNINGSNEMNDA**

**Twisteløsningsnemnda avholdt møte tirsdag 28. februar 2017.**

Ved behandlingen av saken var tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

**Faste medlemmer**

Sigrun Sagedahl, nestleder  
Tore Trygve Dahlstrøm, Unio  
Øyvind Sollie, Spekter

**Saken gjelder**

Twist om rett til stilling for deltidsansatte tilsvarende faktisk arbeidstid etter arbeidsmiljøloven § 14-4 a

**Arbeidstaker**

A

**Arbeidsgiver**

B

## **Det ble truffet slikt vedtak:**

### **Saksforhold**

A er fast ansatt som assistent i stilling på 14 prosent ved avdeling for alderspsykiatri ved B. Han har under opptjeningsperioden vært ansatt i avdeling X, men ble overført til stillingsbank da han ble overtallig i forbindelse med en omstillingsprosess. Han har også vært tilkallingsvikar ved ulike seksjoner ved B.

Den 14. desember 2015 fremsatte han krav om stillingsutvidelse på grunnlag av utført merarbeid de siste 12 måneder, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Arbeidsgiver avslo søknaden i brev av 16. februar 2016. Avslaget var begrunnet med at merarbeidet ikke var utført jevnlig i den aktuelle perioden, og at behovet for merarbeidet uansett var bortfalt.

Timeoversikt forelagt nemnda viser at A har arbeidet 1099 timer utover avtalt arbeidstid i perioden 14. desember 2014 til 13. desember 2015.

Saken ble brakt inn for tvisteløsningsnemnda ved brev av 24. februar 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 24. februar 2016
- brev av 31. mars 2016
- brev av 20. april 2016
- brev av 8. mai 2016
- brev av 7. juni 2016
- brev av 12. september 2016

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev av 1. april 2016
- brev av 22. april 2016
- brev av 12. mai 2016
- brev av 22. juni 2016

### **Arbeidstakers anførsler**

A anfører i det vesentligste:

Merarbeidet han har utført i den aktuelle perioden viser et stabilt behov som gir han rett til utvidet stilling tilsvarende faktisk arbeidstid, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a. Behovet for merarbeidet er ikke bortfalt, og hans merarbeid ved de forskjellige seksjonene bør tas med i beregningen.

Det har også blitt utført merarbeid av arbeidstaker og andre assistenter på spesielt post A etter at kravet ble avslått av arbeidsgiver.

## **Arbeidsgivers anførsler**

B anfører i det vesentligste:

Hver seksjons bruk av A som tilkallingshjelp må behandles uavhengig av hverandre. Det er tre ulike seksjoner som har benyttet han i løpet av året.

Post X i avdeling for Alderspsykiatri er der A har hatt mesteparten av sitt merarbeid. Ved post X har det vært en spesiell situasjon med flere vakante sykepleierstillinger og turnover blant sykepleiere. I perioden det har vært vakanser i disse stillingene har det blitt benyttet ufaglærte vikarer. Det er i løpet av høsten blitt ansatt fem sykepleiere i disse ledige stillingene, og behovet for merarbeid er dermed bortfalt.

Det er også noen perioder med lengre opphold i merarbeidet, blant annet på to og tre uker.

Behovet for vikarer som oppstod i april 2016 var ikke mulig å forutse i januar, og skyldes helt andre forhold enn det vikarbehovet i 2015 gjorde. Behovet for merarbeid etter arbeidsgivers avslag har vært i forbindelse med korttidsfravær, mens det i 2015 var i forbindelse med vakante stillinger. Arbeidstaker er ikke kvalifisert til de vaktene, og kan dermed ikke få uttelling for dem.

## **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 eller nestleder samt 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.

Arbeidstaker fremsatte sitt krav for arbeidsgiver 14. 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 fra og med 14. desember 2014 til og med 13. desember 2015.

Dokumentasjonen i saken viser at A har arbeidet 1099 timer utover avtalt arbeidstid i opptjeningsperioden. Arbeidsgiver har dokumentert at 758 timer av As merarbeid har vært i vakter som er tillagt sykepleiere. Ettersom sykepleierstillinger krever en annen kompetanse og autorisasjon enn assistenter, finner nemnda at dette merarbeidet ikke kan inngå i grunnlaget for beregning av utvidet stillingsprosent, da dette arbeidet ikke er uttrykk for arbeidsgiver behov for en assistens merarbeid.

Opptjent stillingsøkning må etter nemndas oppfatning beregnes med utgangspunkt i brutto årstimetall i full stilling fratrukket ferie, idet det vil være den arbeidstiden som tilsvarer 100 prosent stilling. Brutto arbeidstid i arbeidstakers stilling er oppgitt å være 1846 timer per år

med en ukentlig arbeidstid på 35,5 timer i snitt. Etter fradrag for fem ukers ferie blir utgangspunktet for nemndas beregning av opptjent stillingsøkning et årstimetall på 1668,5 timer.

As merarbeid på 341 timer tilsvarer derfor en stillingsprosent på 20,43 prosent.

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. Videre er partene uenige om hvorvidt behovet for merarbeid er bortfalt og at A derfor ikke har krav på økt stilling.

Videre har B anført at As merarbeid er utført på andre avdelinger/seksjoner enn den han er fast ansatt i, og at de dermed må vurderes individuelt i jevnlighetsvurderingen. Partene er enige om at B er arbeidsgiver for alt merarbeidet og at merarbeidet er utført i samme virksomhet. Problemstillingen er berørt i bestemmelsens forarbeider (Prop. 83 L for 2012-2013) pkt. 4.4.4.6, hvor det forutsetningsvis fremkommer at arbeidstaker har sitt krav i behold også der merarbeidet er utført på forskjellige arbeidssteder/avdelinger i virksomheten. Nemnda legger derfor til grunn at As merarbeid ved de ulike avdelingene/seksjonene ikke i seg selv utelukker en rett til stillingsutvidelse dersom de øvrige vilkårene er oppfylt. Nemnda understreker imidlertid at arbeidstaker i slike tilfeller må akseptere at en rett til stillingsutvidelse kun gir rett til arbeid i tilsvarende grad på de ulike avdelingene/enhetene hvor merarbeidet er utført.

Nemnda vil først ta stilling til jevnlighetsvilkåret.

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 Sagedahl og Sollie, har kommet til at merarbeidet ikke er utført jevnlig i lovens forstand. Sentralt for flertallets vurdering er at sykepleiervakter, som ikke inngår i grunnlaget for beregning av utvidet stillingsprosent, må holdes utenfor jevnlighetsvurderingen. Dette fordi gjennomførte ekstravakter i sykepleierstillinger, ikke gir uttrykk for arbeidsgivers stabile og varige behov for en assistents arbeidskraft. Arbeidsgivers reelle behov vil være autoriserte sykepleiere, og eventuelle utfordringer ved fravær eller rekruttering kan etter flertallets syn ikke løses ved at det gis utvidet stilling for andre yrkesgrupper. Det vises til flertallets vurdering av samme problemstilling i vedtak 03/17.

Etter flertallets forståelse av jevnlighetskriteriet, har A ikke krav på utvidet stilling. Når merarbeidet i sykepleierstillinger ikke inngår i jevnlighetsvurderingen, er det i opptjeningsperioden flere lengre opphold uten noe merarbeid. Selv om flertallet har 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. Det vil dermed ikke være nødvendig for flertallet å vurdere om behovet for merarbeid er bortfalt.

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 Dahlstrøm, 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 gjennomførte sykepleiervakter omfattes av bestemmelsen, men ettersom arbeidstaker ikke er kvalifisert til en sykepleierstilling, kan det ikke gis uttelling ved beregningen av utvidet stillingsprosent. Forutsetningen for å ikke gi vaktene uttelling i utvidelsen av stillingsprosenten, er at det er et reelt behov for de fastsatte kvalifikasjonskrav i stillingen. Mindretallet mener det foreligger et slikt reelt behov for kvalifikasjonskravene i denne sak, noe som medfører at sykepleiervaktene kun skal inngå i jevnlighetsvurderingen.

Sentralt for mindretallets syn er at merarbeidet er utført og at arbeidstaker, uavhengig av kvalifikasjoner eller autorisasjon, har dekket et behov for arbeidskraft. All den tid utførte vakter i sykepleierstillinger 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 arbeidstaker ikke har hatt mulighet til å ta ekstravakter som assistent, så lenge han har dekket ekstravakter i sykepleierstillinger. Det vises til mindretallets vurdering i vedtak 03/17, samt vedtak 55/16 og flertallets vurderinger i vedtak 20/16.

Når vakter i sykepleierstillinger 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.

På bakgrunn av flertallets votum er det dermed ikke nødvendig å ta stilling til de øvrige spørsmålene i saken.

## **Konklusjon**

Arbeidstaker gis ikke medhold.

Tvisteløsningsnemnda

Sigrun Sagedahl  
nestleder

Oslo, 08.03.2017

**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).