

VEDTAK NR 146/17 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Twisteløsningsnemnda 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 assistent i stilling på 22,77 prosent ved X omsorgssenter i B kommune. På kravtidspunktet hadde hun en stilling på 10,33 prosent og var ansatt ved Y helsehus. Hun har også hatt avtale om ferievikariat i perioden 22. juni 2015 til 16. august 2015, og 20. juni 2016 til 14. august 2016.

Den 14. juni 2016 fremsatte hun krav om stillingsutvidelse til 50,33 prosent på grunnlag av utført merarbeid de siste 12 måneder, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Arbeidsgiver avslo kravet i brev av 17. august 2016, og det ble gjennomført et drøftingsmøte 19. september 2016 hvor avslaget ble opprettholdt. Avslaget var begrunnet med at merarbeidet ikke var utført jevnlig i den aktuelle perioden, og behovet for merarbeid er bortfalt.

Timeoversikt forelagt nemnda viser at A har arbeidet 405,25 timer utover sin faste stilling ferievikariatene i perioden 14. juli 2015 til 13. juli 2016. Full stilling utgjør 1846 timer per år.

Saken ble brakt inn for tvisteløsningsnemnda ved brev datert 12. september 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 12. september 2016
- brev av 11. oktober 2016
- brev av 6. desember 2016
- brev av 1. februar 2017

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev av 20. oktober 2017
- brev av 5. januar 2017

Arbeidstakers anførsler

A anfører i det vesentligste:

Merarbeidet hun har utført i tolv månedersperioden viser et stabilt behov som gir henne rett til utvidet stilling tilsvarende faktisk arbeidstid. Kravet må ses på i hele virksomheten B kommune. I perioden 15. desember 2015 til 31. januar 2016 hadde hun permisjon uten lønn for å besøke familie i Vietnam.

Hun tenker å utdanne seg videre til helsefagarbeider som praksis kandidat. Hun har relevant teori, men mangler fremdeles noe praksis.

Arbeidsgivers anførsler

B kommune anfører i det vesentligste:

Merarbeidet er ikke utført jevnlig, da det er flere opphold i tolv månedersperioden. Skårerheimen aldershjem er dessuten avviklet fra 20. september 2016, og behovet for merarbeid er endret.

En del av merarbeidet har vært sykepleiervakter, og arbeidstaker har ikke korrekt kompetanse i disse. 204,5 timer er også utført som ferievikar, 81 timer i forbindelse med endring av pasientgruppe ved omstillingsprosess og nedleggelse av institusjon innen omsorg.

Behovet for merarbeidet er også endret. B kommune har gjennomført store omstillinger innen tjenesteområdet helse og omsorg. Denne omleggingen har medført endring i tjenestetilbudet, og dermed andre krav til kompetanse blant ansatte. Xs omsorgssenter har nå 3,5 årsverk på topp som blir brukt ved fravær.

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). 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 merarbeidet ikke lenger foreligger. Tolv månedersperioden skal beregnes med utgangspunkt i det tidspunkt arbeidstaker fremmet sitt krav.

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

Det fremgår av sakens dokumenter at A i periodene 22. juni 2015 til 16. august 2015, og 20. juni 2016 til 14. august 2016 var ansatt i avtalte ferievikariat hvor hun arbeidet i en fast turnus som ferievikar. Ferievikariatene anses dermed som avtalt arbeidstid.

Dokumentasjonen i saken viser at A har arbeidet 405,25 timer utover avtalt arbeidstid i beregningsperioden. Arbeidsgiver har dokumentert at 269,5 timer av As merarbeid har vært i vakter som er tillagt stillinger for sykepleiere, hjelpepleiere og fagarbeidere. Ettersom de stillingene krever en annen kompetanse og utdanning enn det arbeidstaker innehar, finner nemnda at dette merarbeidet ikke kan inngå i grunnlaget for beregning av utvidet stillingsprosent, da dette arbeidet ikke er uttrykk for arbeidsgivers behov.

Uenigheten mellom partene i denne saken gjelder hvorvidt merarbeidet har vært utført jevnlig i bestemmelsens forstand. Kriteriet byr på en konkret og skjønsmessig vurdering som i første instans vil være overlatt til tvisteløsningsnemnda der partene ikke selv blir enige. Videre er partene uenige om behovet for merarbeid er bortfalt.

Nemnda vil først ta stilling til om merarbeidet har vært utført jevnlig i bestemmelsens 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 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. 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.

En samlet nemnd finner etter en helhetsvurdering at merarbeidet ikke har vært jevnlig utført og at det ikke kan legges til grunn at merarbeidet representerer en etablert praksis som fyller lovens krav. I begrunnelsen har nemnda likevel delt seg i et flertall og et mindretall.

Sentralt for vurderingen til flertallet, medlemmene Rogstad og Almestrand, er at merarbeid i vakter hvor arbeidstaker ikke er kvalifisert, som dermed ikke inngår i grunnlaget for beregning av utvidet stillingsprosent, også må holdes utenfor jevnlighetsvurderingen. Dette fordi disse ekstravaktene ikke gir uttrykk for arbeidsgivers stabile og varige behov for assistenters arbeidskraft. Arbeidsgivers reelle behov vil være sykepleiere, hjelpepleiere og fagarbeidere, 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 og 68/17.

Når merarbeidet i stillinger som arbeidstaker ikke er kvalifisert for ikke inngår i jevnlighetsvurderingen, er det i beregningsperioden flere lengre opphold uten noe merarbeid. Dokumentasjonen som er forelagt nemnda viser at det er opphold på 5 uker fra juli til august, hvor det ble avvirket 2 uker ferie. Videre er det opphold på 8 uker fra september fra november, hvor det ble avvirket 3 uker ferie, og opphold på 7 uker fra desember til februar hvor arbeidstaker hadde permisjon uten lønn, og opphold på 11 uker fra mars til juni 2016. Selv om det er 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 mindretall, medlemmet Solberg, har kommet til samme resultat som flertallet, men med en noe annen begrunnelse. Mindretallet er av den oppfatning at alt utført merarbeid i beregningsperioden, også vakter arbeidstaker ikke var formelt kvalifisert for, skal inngå i jevnlighetsvurderingen. Et eventuelt fradrag for slike vakter må etter mindretallets syn foretas først i den påfølgende utmålingen av ny stillingsstørrelse, og ikke i den initielle vurderingen av om jevnlighetsvilkåret i bestemmelsen er oppfylt. Det vises til nemndas vedtak 55/16, og mindretallets vurdering i vedtakene 03/17 og 68/17. Mindretallet er likevel av den oppfatning at jevnlighetsvilkåret i denne saken ikke er oppfylt selv om alt merarbeidet A har utført i perioden tas med i jevnlighetsvurderingen, og har dermed kommet til samme resultat som flertallet.

Da nemnda har konkludert med at merarbeidet ikke har vært utført jevnlig og dermed ikke kan gis medhold, er det ikke nødvendig å ta stilling til om behovet for merarbeidet har bortfalt.

Konklusjon

Arbeidstaker gis ikke medhold.

Tvisteløsningsnemnda

Steffen G. Rogstad
nestleder

19.06.2017

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).