

VEDTAK NR 155/17 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Tvisteløsningsnemnda avholdt møte onsdag 21. juni 2017.

Ved behandlingen av saken var tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Anne Marie Due, leder
Per H. Engeland, Virke
Ragnhild Bø Raugland, Akademikerne (vara)

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 som spesialhjelpepleier i stilling på 42,25 prosent i B kommune, X sykehjem.

Den 14. november 2016 fremsatte A krav om stillingsutvidelse på grunnlag av utført merarbeid de siste 12 måneder, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a. A har uførepensjon, og fremmet krav om økning til 50 prosent stilling.

Arbeidsgiver avslo søknaden i brev datert 17. januar 2017. Avslaget var begrunnet med at merarbeidet ikke var utført jevnlig. Organisasjonsendring mellom B og X helse- og omsorgssentre har også medført at det er et vesentlig redusert vikarbehov. Dette fordi det i etterkant av endringen har vært ledig sengekapasitet. Faste stillinger ved helse- og omsorgssenteret har krav om faglig formell kompetanse som helsefagarbeider eller sykepleier. A har i en stor andel av merarbeidet vikariert i sykepleiervakter som hun ikke er kvalifisert for.

Vaktoversikt forelagt nemnda viser at A har arbeidet 237 timer utover sin faste stilling i perioden 14. november 2015 til 13. november 2016. Full stilling utgjør 1846 timer per år.

Saken ble brakt inn for tvisteløsningsnemnda ved brev av 15. februar 2017.

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

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidstaker:

- brev datert 15. februar 2017
- brev mottatt 23. mars 2017

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev datert 30. mars 2017
- e-post av 16. juni 2017

Arbeidstakers anførsler

A anfører i det vesentligste at merarbeidet viser et stabilt behov som gir henne rett til utvidet stilling tilsvarende faktisk arbeidstid, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a. Hun har blitt brukt som vikar også etter midten av 2016, noe som viser at det fortsatt var behov for merarbeid etter omorganiseringen. I perioden med opphold i merarbeid har hun forsøkt å sette seg opp på vakter men ikke fått disse.

Arbeidsgivers anførsler

B kommune anfører i det vesentligste at A ikke ha rett til utvidet fast stilling. Flere av merarbeidsvaktene har vært i sykepleierstillinger som hun ikke er kvalifisert for og skal ikke være med i beregningen. Videre har det vært en organisasjonsendring i kommunen hvor

pasientbelegget ved X helse- og omsorgssenter ble endret til i hovedsak å bestå av korttidsplasser etter sommeren 2016. Det har etterhvert oppstått ledig sengekapasitet og deler av senteret stenges i høytider. Dette har medført et vesentlig mindre vikarbehov og fravær blir nå i hovedsak dekket opp ved omdisponering av fast personell. A arbeidet nesten ikke ekstravakter etter juli 2016. Etter juli hadde hun en vakt hun var kvalifisert for og tre andre vakter for sykepleiere.

Det er ingen ledige stillinger og det er heller ikke behov for ytterligere økning av den faste bemanningen ved virksomheten.

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 leder og to faste medlemmer.

Frist for å bringe saken inn for tvisteløsningsnemnda er senest fire uker etter at arbeidsgivers skriftlige avslag er kommet frem til arbeidstaker, jf. forskrift om tvisteløsningsnemnd etter arbeidsmiljøloven § 4.

Avslaget ble sendt fra arbeidsgiver 17. januar 2017 og med normal postgang legger nemnda til grunn at arbeidstaker mottok avslaget senest 19. januar 2017. Saken ble brakt inn for tvisteløsningsnemnda ved brev av 15. februar 2017. Saken er fremsatt rettidig.

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.

A fremsatte sitt krav for arbeidsgiver 29. august 2016. Nemnda legger til grunn at siste dag i tolvmånedersperioden er dagen forut for at kravet ble fremsatt for arbeidsgiver. Den relevante beregningsperioden i denne saken er dermed fra og med 29. august 2015 til og med 28. august 2016.

Uenigheten mellom partene i denne saken gjelder om enkelte ekstravakter skal trekkes fra beregningen av merarbeid, om merarbeidet er utført jevnlig og om behovet for merarbeid har bortfalt.

Dokumentasjon i saken viser at A har arbeidet 237 timer utover avtalt arbeidstid i beregningsperioden. Arbeidsgiver har dokumentert at 84,75 timer av As merarbeid gjelder vakter for sykepleiere. Etter nemndas oppfatning kan ikke sykepleiervakter inngå i grunnlaget for beregning av utvidet stillingsprosent, ettersom sykepleierstillinger krever en annen kompetanse og autorisasjon enn hjelpepleiere. Sykepleiervaktene må også holdes utenfor jevnlighetsvurderingen. Dette fordi gjennomførte ekstravakter i sykepleierstillinger, ikke gir uttrykk for arbeidsgivers stabile og varige behov for en hjelpepleiers arbeidskraft.

Arbeidsgivers reelle behov er 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 og 68/17.

Når det gjelder jevnlighetsvilkåret viser nemnda 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. 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 jevnlighetskriteriet i arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Nemnda finner etter en helhetsvurdering at merarbeidet ikke har vært utført jevnlig og at det ikke kan legges til grunn at merarbeidet representerer en etablert praksis som fyller lovens krav.

Når merarbeidet i stillinger som arbeidstaker ikke er kvalifisert for ikke inngår i jevnlighetsvurderingen, er det i beregningsperioden flere lengre opphold uten noe merarbeid. Oppholdene varierer fra 4 til 9 uker. Selv om det er tatt høyde for sykdom og ferieavvikling har merarbeidet etter nemndas 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.

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

Konklusjon

Arbeidstaker gis ikke medhold.

Tvisteløsningsnemnda

Anne Marie Due
leder

27.06.2017

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).