

VEDTAK NR 142/17 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Tvisteløsningsnemnda avholdt møte torsdag 8. juni 2017.

Ved behandlingen av saken var tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Steffen Rogstad, nestleder
Gry Brandshaug Dale, KS
Silje Hassellund Solberg, LO

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 20 prosent stilling i B kommune, sykeheimen X.

Den 29. august 2016 fremsatte A krav om stillingsutvidelse på grunnlag av utført merarbeid de siste 12 måneder, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Arbeidsgiver avsto søknaden i brev datert 30. november 2016. Avslaget var begrunnet med at kommunen har en vanskelig økonomisk situasjon, nedbemanningsprosess og usikkerhet rundt behovet for merarbeid etter allerede utvidede stillinger. Kommunen har krav til kompetanse som helsefagarbeider og/eller sykepleier for å kunne ansettes i større stilling. Kravet avvises også på grunn av at A ikke fyller de faglige kompetansekravene.

Vaktoversikt forelagt nemnda viser at A har arbeidet 987,75 timer utover sin faste stilling i perioden 29. august 2015 til 28. august 2016. Full stilling utgjør 1846 timer per år.

Saken ble brakt inn for tvisteløsningsnemnda ved epost av 22. desember 2016.

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

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidstaker:

- e-post av 22. desember 2016
- e-post av 24. januar 2017

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev av 20. januar 2017
- brev av 6. februar 2017

Arbeidstakers anførsler

A har i det vesentligste anført at merarbeidet viser et stabilt behov som gir henne rett til utvidet stilling tilsvarende faktisk arbeidstid, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a. Som assistent utfører hun de aller fleste arbeidsoppgavene som helsefagarbeiderne gjør. A planlegger å starte opp med utdanning for å ta fagbrev som helsefagarbeider høsten 2017.

Arbeidsgivers anførsler

B kommune har anført at A ikke fyller kompetansekravene til større fast stilling. Kommunens bemanningsplaner skal primært fylles av autorisert personell, men på helg har de noen stillinger de ikke er i stand til å dekke med autorisert personell, derfor arbeider A fast 20 prosent knyttet til helger. Etter tidligere forhandlingsresultat ble A tilbudt fast 50 prosent stilling den dagen hun fullfører utdanning som helsefagarbeider. Behovet for merarbeid vil reduseres fremover på grunn av kommunens økonomiske situasjon. Kommunen har vært nødt til å nedbemanne innenfor omsorgstjenesten over de to siste årene. I tillegg har de innvilget

tre krav på stillingsutvidelser i løpet av 2016 og de har utvidet årsverk på sykepleiere, disse momentene vil også påvirke fremtidig vikarbehov.

Tvisteløsningsnemndas 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 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 merarbeid 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 tolv månedersperioden 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 og om behovet for merarbeid har bortfalt. De er enige om at merarbeid har vært utført jevnlig.

Dokumentasjon i saken viser at A har arbeidet 987,75 timer utover avtalt arbeidstid i beregningsperioden. Arbeidsgiver har dokumentert at 287 timer av As merarbeid har vært i vakter for sykepleiere og 527,25 timer har vært for helsefagarbeidere.

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

Når det gjelder jevnlighetsvilkåret fremkommer av bestemmelsens forarbeider (Prop. 83 L for 2012-1013) 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 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.

Nemndas flertall, medlemmene Rogstad og Dale er av den oppfatning at sykepleiervakter og helsefagarbeidervakter ikke kan inngå i grunnlaget for beregning av utvidet stillingsprosent, ettersom sykepleierstillinger og helsefagarbeider krever en annen kompetanse og autorisasjon

enn assistenter. Sykepleiervaktene og helsefagarbeidervaktene må også holdes utenfor jevnlighetsvurderingen. Dette fordi gjennomførte ekstravakter i disse stillingene ikke gir uttrykk for arbeidsgivers stabile og varige behov for en assistents arbeidskraft. Arbeidsgivers reelle behov vil være autoriserte sykepleiere og helsefagarbeidere, 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, 68/17 og 117/17.

Nemndas flertall finner etter en helhetsvurdering at merarbeidet ikke har vært 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 3 til 17 uker. I det lengste oppholdet på 17 uker er det avvirket 2 uker ferie. Merarbeidet har 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.

Nemndas mindretall, medlem Solberg legger på sin side til grunn at gjennomførte sykepleiervakter og helsefagarbeidervakter omfattes av bestemmelsen og dermed skal inngå i jevnlighetsvurderingen. Det vises til tvisteløsningsnemndas vedtak 55/16 hvor en enstemmig nemnd la dette 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 sykepleier og helsefagarbeidervaktene også skulle inngå i beregningsgrunnlaget ved beregningen av utvidet stillingsprosent.

Da flertallet 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

Steffen Rogstad
nestleder

15.06.2017

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).