

VEDTAK NR 179/17 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Tvisteløsningsnemnda avholdt møte torsdag 8. juni 2017.

Ved behandlingen av saken var tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

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

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 helsefagarbeider i stilling på 18,7 prosent i B kommune.

A har hatt følgende midlertidige avtaler i beregningsperioden:

- 1. oktober 2015 til 3. januar 2016, 35 prosent. Permisjon fra egen stilling.
- 4. januar til 3. april 2016, 35 prosent. Permisjon fra egen stilling.
- 4. april til 26. juni 2016, 73,83 prosent.
- 27. juni til 28. august 2016, 96,5 prosent - 73,83 prosent utbetalt som fastlønn og 12,67 utbetalt gjennom timelister.

Den 16. september 2016 fremsatte A krav om stillingsutvidelse på grunnlag av utført merarbeid de siste 12 måneder, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Arbeidsgiver avslo kravet i brev datert 28. desember 2016. Avslaget var begrunnet med at merarbeidet ikke var utført jevnlig.

Vaktoversikt forelagt nemnda viser at A har arbeidet 576,75 timer utover sin faste stilling og avtalte vikariat i perioden 16. september 2015 til 15. september 2016. Full stilling utgjør 1846 timer per år.

Saken ble brakt inn for tvisteløsningsnemnda ved brev av 13. januar 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 13. januar 2017.

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev datert 13. februar 2017.
- e-post av 17. februar 2017

Arbeidstakers anførsler

A anfører at hun har utført jevnlig merarbeid i beregningsperioden. Arbeidstaker er enig med arbeidsgiver i at det kun er arbeidstid som ikke er avtalt på forhånd som skal telles med i beregningsgrunnlaget. Hun anfører å ha arbeidet jevnt utover de avtalte vikariatene.

Arbeidsgivers anførsler

B kommune anfører i det vesentligste at merarbeidet ikke er utført jevnlig. Arbeidstaker har hatt midlertidige avtaler som skal trekkes fra beregningsgrunnlaget for merarbeid. Det samme gjelder vakter i sykepleierstillinger som arbeidstaker ikke er kvalifisert for.

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 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.

A fremsatte sitt krav for arbeidsgiver den 16. september 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 16. september 2015 til og med 15. september 2016.

Unigheten mellom partene i denne saken gjelder hvorvidt merarbeidet har vært utført jevnlig i beregningsperioden.

Det følger av forarbeidene, jf. Prop. 83 L (2012-2013), punkt 4.4.4.2, at bestemmelsen må «avgrenses mot situasjoner hvor det er avtalt en utvidelse av stillingen i form av en midlertidig ansettelseskontrakt», og det understrekes at i slike tilfeller skal stillingsutvidelsen ikke anses som «arbeid utover avtalt arbeidstid». På den annen side presiseres det i forarbeidene at det ikke er «meningen at retten skal kunne uthules av at typiske ekstravakter konstrueres som enkeltstående midlertidige ansettelser». Det sentrale i vurderingen er «arbeidets varighet og dets karakter av å dekke en «merarbeidssituasjon» eller om det fremstår som «ekstraarbeid».

Nemnda har i tidligere praksis, jf. blant annet sak 85/16, lagt til grunn at ferievikarvakter som inngikk i en forhåndsavklart sommeturnus, ikke anses som «arbeid utover avtalt arbeidstid». I sak 182/16 ble en personlig underskrevet og avtalt turnus for arbeid som sommervikar ansett som avtalt arbeidstid.

Arbeidstaker har hatt fire lengre vikariater i beregningsperioden for navngitte personer. Det er fremlagt vikariatavtaler og nemnda finner derved at arbeidet ikke er «arbeid utover avtalt arbeidstid» og skal ikke tas med i beregningsgrunnlaget.

Dokumentasjon i saken viser at A har utført 576,75 merarbeidstimer utover fast stilling og vikariat i beregningsperioden. Det er dokumentert at 88,5 timer av As merarbeid har vært i vakter som er tillagt sykepleiere.

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

En samlet nemnd har kommet til at arbeidstaker i denne saken ikke kan gis uttelling for de omstridte sykepleiervaktene. Begrunnelsen er imidlertid noe ulik.

Medlemmene Rogstad og Dale er av den oppfatning at sykepleiervakter ikke kan inngå i grunnlaget for beregning av utvidet stillingsprosent, ettersom sykepleierstillinger krever en annen kompetanse og autorisasjon enn helsefagarbeidere. Sykepleiervaktene må også holdes utenfor jevnlighetsvurderingen. Dette fordi gjennomførte ekstravakter i sykepleierstillinger, ikke gir uttrykk for arbeidsgivers stabile og varige behov for en helsefagarbeiders arbeidskraft. Arbeidsgivers reelle behov vil være 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.

Medlemmet Solberg legger på sin side til grunn at gjennomførte sykepleiervakter omfattes av bestemmelsen og dermed skal inngå i jevnlighetsvurderingen. Men ettersom arbeidstaker ikke er kvalifisert til en sykepleierstilling, kan det ikke gis uttelling ved beregningen av utvidet stillingsprosent. 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. Forutsetningen for å ikke gi vaktene uttelling i utvidelsen av stillingsprosenten, må likevel være at det er et reelt behov for de fastsatte kvalifikasjonskrav i stillingen. Solberg finner imidlertid ikke grunnlag for å overprøve arbeidsgivers vurdering av behovet for kvalifikasjonskravene i denne saken, noe som medfører at sykepleiervaktene kun skal inngå i jevnlighetsvurderingen.

Når det gjelder jevnlighetsvilkåret fremkommer det 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 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 har, til tross for ulikt syn på om sykepleiervaktene skal telle med i jevnlighetsvurderingen, kommet til at jevnlighetsvilkåret er oppfylt i denne saken. Selv om det har vært visse svingninger i intensiteten i beregningsperioden, har ekstraarbeidet vært tilstrekkelig jevnt fordelt utover året. Nemnda viser til at A har utført merarbeid hver måned i beregningsperioden. Etter nemndas oppfatning har ekstraarbeidet hatt tilstrekkelig omfang, hyppighet og stabilitet i tolv månedersperioden. Merarbeidet fremstår dermed etter en helhetsvurdering som en etablert praksis som oppfyller lovens krav.

Det følger da av bestemmelsen at arbeidstaker har rett til stilling tilsvarende faktisk arbeidstid i tolv månedersperioden. Ved fastsettelsen av ny stillingsprosent tar nemnda utgangspunkt i den stillingsprosent det samlede merarbeidet tilsier på årlig basis, uten hensyntaken til variasjoner fra måned til måned. Opptjent stillingsøkning må etter nemndas oppfatning beregnes med utgangspunkt i brutto årstimetall i full stilling fratrukket ferie, i dette tilfellet 1668,5 timer. Etter fratrukk for sykepleiervakter og vikariat, viser dokumentasjonen i saken at A har arbeidet 488,25 timer utover avtalt arbeidstid i beregningsperioden, tilsvarende en stillingsprosent på 29,26.

Konklusjon

Arbeidstaker har rett til økning av sin stilling med en stillingsprosent på 29,26.

Tvisteløsningsnemnda

Steffen G. Rogstad
nestleder

25.07.2017

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).