

## **VEDTAK NR 03/17 I TVISTELØSNINGSNEMNDA**

**Tvisteløsningsnemnda avholdt møte onsdag 14. desember 2016.**

Ved behandlingen av saken var tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

**Faste medlemmer**

Anne Marie Due, leder  
Gry Brandshaug Dale, KS  
Vetle Wetlesen Rasmussen, YS

**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 54,85 prosent stilling i B kommune i hjemmetjenesten.

Den 27. januar 2015 fremsatte Fagforbundet på vegne av A krav om fast stilling på grunnlag av midlertidig ansettelse under henvisning til arbeidsmiljøloven § 14-9.

Arbeidsgiver avsto søknaden i brev datert 15. juni 2015. Avslaget var begrunnet med opphold i perioden med merarbeid, slik at kravet om jevnlighet ikke var oppfylt. Det ble samtidig opplyst at kravet var vurdert både i henhold til arbeidsmiljøloven § 14-9 og § 14-4 a.

Dokumentasjon partene har fremlagt for nemnda viser at A har arbeidet 322 timer utover sin faste stilling i perioden 27. januar 2014 til 26. januar 2015. Det er opplyst at full stilling utgjør 1846 timer per år.

Saken ble brakt inn for tvisteløsningsnemnda ved brev av 13. juli 2015. Overfor nemnda har begge parter fått anledning til å komme med utfyllende merknader i saken.

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidstaker:

- brev av 13. juli 2015
- brev av 24. august 2015
- brev av 9. mai 2016

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev av 4. oktober 2015
- e-post av 17. oktober 2016

### **Arbeidstakers anførsler**

A anfører i det vesentligste:

Hun har rett til utvidet stilling tilsvarende antall utførte merarbeidstimer i den aktuelle perioden. Årsaken til at det har vært perioder med opphold på 14 dager eller mer skyldes interne bytter av vakter mellom kollegaer.

### **Arbeidsgivers anførsler**

B kommune anfører i det vesentligste at det foreligger flere perioder hvor den ansattes arbeidskraft ikke er benyttet. I tillegg finner arbeidsgiver at merarbeid i vakante vakter som opprinnelig er knyttet til annen kompetanse, som sykepleier, ikke kan være en del av grunnlaget for å kreve økt stilling.

### **Tvistløsningsnemndas 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. Tolvmånedersperioden beregnes med utgangspunkt i det tidspunkt arbeidstaker fremmet sitt krav.

A fremsatte sitt krav for arbeidsgiver 27. januar 2015. Nemnda legger til grunn at siste dag i tolv månedersperioden er dagen forut for at kravet ble fremmet for arbeidsgiver. Den relevante perioden i denne saken er dermed 27. januar 2014 til 26. januar 2015.

Dokumentasjonen som er forelagt nemnda viser at A har arbeidet 322 timer utover sin faste stilling i opptjeningsperioden. Arbeidsgiver har dokumentert at 85 timer av As merarbeid har vært i vakter som er tillagt sykepleiere. Etersom sykepleierstillinger krever en annen kompetanse og autorisasjon enn helsefagarbeidere, finner nemnda at dette merarbeidet ikke kan inngå i grunnlaget for beregning av utvidet stillingsprosent, da dette arbeidet ikke er uttrykk for arbeidsgivers behov for en helsefagarbeiders merarbeid. Når det gjelder timer ført som bytte av vakter, og opptjening av fri uten lønnskonskvenser med 30 timer, finner nemnda at heller ikke dette kan inngå i grunnlaget for beregning av utvidet stillingsprosent, da arbeidet ikke gjenspeiler arbeidsgivers varige behov for 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. Etter fradrag for fem ukers ferie blir utgangspunktet for nemndas beregning av opptjent stillingsøkning et årstimetall på 1668,5 timer. As merarbeid på 207 timer tilsvarer derfor en stillingsprosent på 12,40.

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.

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 Due og Dale, 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 helsefagarbeiders 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. Flertallets syn på hvilke vakter som skal inngå i jevnlighetsvurderingen avviker på dette punkt fra nemndas vurdering av samme problemstilling i vedtak 55/16 hvor det motsatte ble lagt til grunn.

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, herunder opphold på 9 uker mellom november 2014 og januar 2015. Selv om nemnda har tatt hensyn til ferie og annet fravær som normalt forhindrer merarbeid, 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.

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 Rasmussen, 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 helsefagarbeider, så lenge hun har dekket ekstravakter i sykepleierstillinger.

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.

**Konklusjon**

Arbeidstaker gis ikke medhold.

Tvisteløsningsnemnda

Anne Marie Due  
leder

Oslo, 12.01.2017

**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).