

## **VEDTAK NR 132/17 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 omsorgsarbeider i stilling på 74,78 prosent i B kommune.

Den 11. august 2016 fremsatte Fagforbundet på vegne av A krav om stillingsutvidelse til 95 prosent stilling på grunnlag av utført merarbeid de siste 12 måneder, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

I forhandlingsmøte med arbeidsgiver 26. september 2016 ble A tilbudt en delvis innfrielse av kravet i form av en utvidelse til 88 prosent fast stilling. Arbeidsgiver begrunnet dette med at A ikke var kvalifisert for den resterende delen av det utførte merarbeidet.

Vaktoversikt forelagt nemnda viser at A har arbeidet 422,63 timer utover avtalt arbeidstid i perioden 11. august 2015 til 10. august 2016. Full stilling utgjør 1846 timer per år.

Saken ble brakt inn for tvisteløsningsnemnda ved brev datert 28. september 2016, poststempelt 29. 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 datert 28. september 2016

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev datert 24. april 2017
- e-post av 3. mai 2017

### **Arbeidstakers anførsler**

A anfører i det vesentligste:

Hun har i beregningsperioden jevnlig arbeidet utover avtalt arbeidstid, og har derfor krav på fast stilling tilsvarende faktisk arbeidstid i perioden, omlag 95 prosent stilling.

### **Arbeidsgivers anførsler**

B kommune anfører i det vesentligste:

Arbeidsgiver har delvis innfridd As sitt krav om stillingsutvidelse. Hun har fått tilbudt utvidelse til stilling på 88 prosent, mens hennes krav var på 95 prosent. Differansen på 7 prosent skyldes at dette merarbeidet er knyttet til behov for sykepleierkompetanse, noe A ikke er kvalifisert for.

### **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). I henhold til 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 merarbeidet ikke lenger foreligger. Tolvmånedersperioden skal beregnes med utgangspunkt i det tidspunkt arbeidstaker fremmet sitt krav.

A fremsatte sitt krav for arbeidsgiver 11. august 2016. Nemnda legger til grunn at siste dag i tolvmånedersperioden er dagen forut for at kravet ble fremsatt for arbeidsgiver. Den relevante perioden i denne saken er dermed fra og med 11. august 2015 til og med 10. august 2016.

Arbeidstaker har fått sitt krav delvis innvilget, og uenigheten mellom partene dreier seg i hovedsak om hvorvidt også utført merarbeid i sykepleiervakter skal gi uttelling ved beregningen av arbeidstakers nye stillingsprosent.

Dokumentasjonen som er forelagt nemnda viser at A har arbeidet 422,63 timer utover sin faste stilling i opptjeningsperioden. Arbeidsgiver har dokumentert at 132,5 timer av As merarbeid har vært i vakter som er tillagt sykepleiere.

Nemnda vil følgende ta stilling til om A skal få uttelling for den delen av merarbeidet som er utført i sykepleiervakter, samt hvorvidt merarbeidet er jevnlig utført 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 Almestrand 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 omsorgsarbeidere. Sykepleiervaktene må også holdes utenfor jevnlighetsvurderingen. Dette fordi gjennomførte ekstravakter i sykepleierstillinger, ikke gir uttrykk for arbeidsgivers stabile og varige behov for en omsorgsarbeiders 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.

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.

I den videre vurderingen av om jevnlighetsvilkåret i bestemmelsen er oppfylt, har nemnda delt seg i et flertall og et mindretall.

Nemndas flertall, medlemmene Rogstad og Solberg, har til tross ulikt syn på om sykepleiervaktene skal telle med i jevnlighetsvurderingen, begge kommet til at jevnlighetsvilkåret må anses oppfylt. Flertallet har etter dette kommet til at A fyller kravene i § 14-4 a.

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. Dokumentasjonen i saken viser at A etter fratrekk for sykepleiervakter har arbeidet 290,13 timer utover avtalt arbeidstid i beregningsperioden. Dette tilsvarer en stillingsprosent på 17,39, slik at A samlet sett har rett til en stilling på 92,17 prosent.

Nemndas mindretall, medlemmet Almestrand, har kommet til et annet resultat. Etter mindretallets forståelse av kravet til jevnlighet, har arbeidstaker ikke krav på økt stilling. Når merarbeidet i sykepleierstillinger ikke inngår i jevnlighetsvurderingen, er det i opptjeningsperioden flere lengre opphold uten noe merarbeid. Blant annet er det et opphold på mer enn 8 uker i oktober/november 2015. Selv om man tar hensyn til ferie og annet fravær som normalt forhindrer merarbeid, har merarbeidet etter mindretallets 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 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.

### **Konklusjon**

Arbeidstaker har rett til økning av sin stilling på kravtidspunktet med en stillingsprosent på 17,39.

Tvisteløsningsnemnda

Steffen G. Rogstad  
nestleder

06.06.2017

### **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).