

VEDTAK NR 209/17 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Twisteløsningsnemnda avholdt møte onsdag 20. september 2017.

Ved behandlingen av saken var tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Sigrun Sagedahl, nestleder
Vetle Wetlesen Rasmussen, YS
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 hjelpepleier i stilling på 86,03 prosent i B kommune.

Den 14. mars 2017 fremsatte A krav om stillingsutvidelse på grunnlag av utført merarbeid de siste 12 måneder, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Arbeidsgiver avslo kravet ved brev datert 28. mars 2017. Avslaget var begrunnet med at merarbeidet ikke var utført jevnlig.

Vaktoversikt forelagt nemnda viser at A har arbeidet 322,25 timer (ekskl. pauser) utover avtalt arbeidstid i perioden fra og med 14. mars 2016 til og med 13. mars 2017. Full stilling utgjør 1846 timer per år.

Saken ble brakt inn for tvisteløsningsnemnda ved brev datert 21. april 2017.09.07

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

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidstaker:

- brev datert 21. april 2017
- e-post av 6. juli 2017

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev datert 23. mai 2017

Arbeidstakers anførsler

A anfører i det vesentligste at hun har utført jevnlig merarbeid og har rett til utvidet fast stilling. A arbeider i en stor stilling og flere av ukene som arbeidsgiver viser til som opphold er uforenelige med å arbeide ekstravakter da det vil utløse overtid, eller være i strid med hviletidsbestemmelsene i arbeidsmiljøloven. A anfører at merarbeidet er utført jevnlig og at sykepleiervaktene skal tas med i jevnlighetsvurderingen. Videre opplyses det at arbeidstakere ikke blir informert om at de leies inn til sykepleiervakter når det er ledige vakter i portalen. Det er derfor tilfeldig om man er vikar for en sykepleier, hjelpepleier eller pleiemedarbeider når man takker ja til en vakt.

Arbeidsgivers anførsler

B kommune anfører i det vesentligste at merarbeidet ikke er utført jevnlig etter at sykepleiervakter er tatt ut av beregningen. Det er flere perioder med opphold og merarbeidet har ikke hatt tilstrekkelig omfang, hyppighet og stabilitet til at det gir uttrykk for et stabilt og varig behov hos arbeidsgiver. Kravet til jevnlighet anses ikke oppfylt og arbeidstaker har ikke rett til økning av sin 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). 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.

Arbeidstaker fremsatte sitt krav for arbeidsgiver 14. mars 2017. Nemnda legger til grunn at siste dag i tolv månedersperioden er dagen forut for at kravet ble fremsatt for arbeidsgiver. Den relevante perioden i denne saken er dermed fra og med 14. mars 2016 til og med 13. mars 2017.

Uenigheten mellom partene i denne saken omhandler hvorvidt hvilke vakter som skal tas med i beregningsgrunnlaget og om merarbeidet er utført jevnlig.

Nemnda vil først ta stilling til hvilke vakter som skal tas med i beregningsgrunnlaget.

Arbeidsgiver har dokumentert at 101,75 timer av As merarbeid har vært i vakter som er tillagt stillinger for sykepleiere. Dette merarbeidet er etter nemndas oppfatning ikke et uttrykk for arbeidsgivers stabile og varige behov for en hjelpepleiers merarbeid. Ettersom de stillingene krever en annen kompetanse og utdanning enn det arbeidstaker innehar, finner nemnda at dette merarbeidet ikke kan inngå i grunnlaget for beregning av utvidet stillingsprosent.

Inngangskriteriet om at den deltidsansatte har arbeidet «jevnlig» utover avtalt arbeidstid byr på en konkret og skjønnsmessig 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 beregningsperioden, 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 beregningsperioden at det vitner om et stabilt og varig behov hos arbeidsgiver.

Nemndas flertall, medlemmene Sagedahl og Almestrand har etter en konkret vurdering kommet til at kravet til jevnlighet ikke er oppfylt og at A dermed ikke har krav på økt stilling. Det er flere opphold uten merarbeid, herunder perioder på tre til åtte uker uten merarbeid. I det lengste oppholdet på åtte uker har arbeidstaker imidlertid hatt tre uker ferie. Flertallet finner likevel at merarbeidet ikke har hatt tilstrekkelig omfang, hyppighet og stabilitet i tolv månedersperioden. Flertallet har etter dette kommet til at A ikke fyller kravene i § 14-4 a, og derfor ikke kan få medhold.

Nemndas mindretall, medlemmet Rasmussen, har kommet til at merarbeidet er utført jevnlig, og at A må ha krav på økt stilling. Mindretallet viser til bestemmelsens forarbeider Prop. 83 L (2012-2013) hvor det ikke kreves at merarbeidet spres helt jevnt utover hele referanseperioden. Det avgjørende er etter mindretallets syn om merarbeidet er et uttrykk for et behov, og fremstår som en etablert praksis i den aktuelle referanseperioden. Ulike forhold kan etter mindretallets syn tilsi en variasjon i hyppigheten og omfanget, uten at arbeidstaker avskjæres rett til utvidet stilling etter arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

En gjennomgang av merarbeidet viser at A i praksis har jobbet mer enn 100 prosent stilling i perioden. Nemnda har i tidligere saker fastsatt at merarbeid i stillinger der arbeidstaker ikke fyller kvalifikasjonskravene, her sykepleiervakter, ikke skal inngå i jevnlighetsvurderingen. Til tross for dette anser mindretallet at disse vaktene forhindrer arbeidstaker å ta øvrige vakter som inngår i jevnlighetsvurderingen. Mindretallet viser også til at A har høy stilling i bunn som tidvis kan påvirke hennes muligheter for å ta ekstravakter. Det er således forhold på arbeidstakersiden, og ikke arbeidsgiversiden som er bakgrunnen for at A ikke har påtatt seg flere vakter. Disse forhold styrker merarbeidets karakter av å være en etablert praksis.

Selv om det er visse svingninger i intensiteten i beregningsperioden, skyldes dette hennes høye stillingsbrøk, samt avvikling av sykepleiervakter. A har hatt ekstravakter hver måned i beregningsperioden bortsett fra august, og selv uten sykepleiervaktene har hun i realiteten arbeidet 99,25 % stilling. Mindretallet mener derfor merarbeidet ikke kan anses sporadisk, men 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 mener A har rett til stilling tilsvarende faktisk arbeidstid i beregningsperioden fratrukket sykepleiervaktene. Ved fastsettelsen av ny stillingsprosent tar mindretallet utgangspunkt i den stillingsprosent det øvrige 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 har arbeidet 220,5 timer utover avtalt arbeidstid i beregningsperioden, noe som tilsvarer en samlet stillingsprosent på 13,22.

Konklusjon

Arbeidstaker gis ikke medhold.

Tvisteløsningsnemnda

Sigrun Sagedahl
nestleder

11.10.2017

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).