

VEDTAK NR 126/17 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Twisteløsningsnemnda avholdt møte onsdag 31. mai 2017.

Ved behandlingen av saken var tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Anne Marie Due, leder
Per Engeland, Virke
Ragnhild Bø Raugland, Akademikerne (vara)

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 stilling på 50 prosent i B kommune, X omsorgssenter. Hun fikk utvidet stilling fra 13,15 til 22,77 prosent 1. juni 2016 og fikk deretter utvidet stilling til 50 prosent etter § 14-4 a krav den 1. januar 2017. A har hatt en ferievikaravtale i perioden 20. juni 2016 til 14. august 2016 og et vikariat på 60 prosent i perioden 2. mars til 27. mars 2016 i en sykepleierstilling.

Den 10. oktober 2016 fremsatte A krav om stillingsutvidelse på grunnlag av utført merarbeid de siste 12 måneder, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Arbeidsgiver innvilget økt stilling med 31,27 prosent i drøftingsmøte 13. desember 2016. Arbeidsgiver og arbeidstaker var uenige om beregningsgrunnlaget for stillingsstørrelsen og arbeidsgiver innrømmet i nytt drøftingsmøte den 21. desember 2016 å ha tolket regelverket for strengt og innvilget stillingsutvidelse til 50 prosent. Partene er fortsatt uenige om beregningsgrunnlaget.

Vaktoversikt forelagt nemnda viser at A har arbeidet 1189 timer utover sin faste stilling i perioden 10. oktober 2015 til 9. oktober 2016. Full stilling utgjør 1846 timer per år.

Saken ble brakt inn for tvisteløsningsnemnda ved brev av 23. desember 2016.

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

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidstaker:

- brev av 23. desember 2016

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev av 24. januar 2017
- brev av 10. mai 2017

Arbeidstakers anførsler

A anfører i det vesentligste at beregningsgrunnlaget arbeidsgiver har lagt til grunn er feil. Det er flere ekstravakter som ikke er tatt med i beregningsgrunnlaget som ikke er knyttet til ferieavtalen.

Arbeidsgivers anførsler

B kommune anfører i det vesentligste at timer som A ikke er kvalifisert for skal trekkes fra beregningsgrunnlaget, herunder ekstravakter i sykepleierstillinger. Videre skal timer i ferievikariat og andre avtalte vikariater også trekkes fra. Ellers er arbeidsgiver enig i at merarbeidet har vært utført jevnlig og at A har krav på utvidet stilling. Kommunen har planer

om å iverksette tiltak med bemanningssentral innenfor omsorg og økt grunnbemanning ved hvert omsorgssenter for å dekke opp fravær.

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. Tolvmånedersperioden skal beregnes med utgangspunkt i det tidspunkt arbeidstaker fremmet sitt krav.

A fremsatte sitt krav for arbeidsgiver 10. oktober 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 10. oktober 2015 til og med 9. oktober 2016.

Unigheten mellom partene i denne saken gjelder omfanget av det merarbeidet som skal inngå beregningsgrunnlaget for stillingsutvidelsen. Partene er enige om at merarbeidet har vært utført jevnlig.

Dokumentasjon i saken viser at A har utført 866,75 merarbeidstimer utover fast stilling i beregningsperioden, fratrukket ekstravakter i sykepleierstillinger som arbeidstaker ikke er kvalifisert for. Nemnda viser til tidligere vedtak, herunder 55/16, 3/17 og 68/17, hvor det er lagt til grunn at merarbeidstimer utført av assistenter i sykepleierstillinger ikke skal inngå i beregningsgrunnlaget for utvidet stillingsprosent da stillingene krever en annen kompetanse og autorisasjon.

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, eksempelvis i sak 85/16, lagt til grunn at ferievikarvakter som inngikk i en forhåndsavklart sommerturnus, 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.

Nemnda finner at merarbeidstimer som ferievikar i perioden 20. juni til 14. august 2016 skal trekkes fra beregningsgrunnlaget. Det er fremlagt ferievikariatavtale og turnus for

ferievikariatet, og merarbeidet er derved ikke «arbeid utover avtalt arbeidstid». Fremlagt ferieturnus tilsvarer 189,25 merarbeidstimer. Det er for øvrig ikke grunn til å trekke fra merarbeidstimer ellers i året, som arbeidsgiver anfører er ferievikariat. Det er ikke fremlagt noen turnus eller arbeidsavtale for disse vaktene og vaktene fremstår for nemnda som tilfeldige ekstravakter.

Nemnda viser til at A har hatt ekstravakter hver måned i beregningsperioden bortsett fra april hvor hun har avviklet ferie. Nemnda finner at 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. Nemnda har etter dette kommet til at A fyller kravene i § 14-4 a.

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 ferievikariat, viser dokumentasjonen i saken at A har arbeidet 677,5 timer utover avtalt arbeidstid i beregningsperioden, tilsvarende en stillingsprosent på 40,61. A fikk utvidet sin stilling fra 13,15 til 22,77 prosent 1. juni 2016 og fikk deretter utvidet stilling til 50 prosent etter § 14-4 a krav den 1. januar 2017. Ved fastsettelsen av ny stillingsprosent må det derfor i denne saken tas utgangspunkt i gjennomsnittlig fast stillingsprosent i løpet av beregningsperioden. As gjennomsnittlige faste stilling i beregningsperioden utgjør 16,58 prosent. Samlet sett utgjør As faste gjennomsnittlige stilling og merarbeidet på 40,61 prosent en faktisk arbeidstid tilsvarende 57,18 prosent stilling. A har allerede fått utvidet sin stilling til 50 prosent, og har derved i tillegg rett til en økning med 7,18 prosent, slik at hun ender opp med en stillingsprosent på 57,18, som har vært hennes faktiske stillingsprosent i beregningsperioden fratrukket sykepleiervakter og ferievikariat.

Konklusjon

Arbeidstaker har rett til økning av sin stilling med en stillingsprosent på 7,18.

Tvisteløsningsnemnda

Anne Marie Due
leder

01.06.2017

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).