

VEDTAK NR 171/17 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Twisteløsningsnemnda avholdt møte torsdag 29. juni 2017.

Ved behandlingen av saken var tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Sigrun Sagedahl, nestleder
Silje Stadheim Almestrand, NHO
Tore Trygve Dahlstrøm, UNIO

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 helsefagarbeider i stilling på 83,33 prosent i B kommune, hjemmesykepleie Vest. Hun har også hatt en tilkallingsavtale ved åpen omsorg X i B kommune siden 1. september 2010.

Den 9. januar 2017 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 21. februar 2017. Avslaget var begrunnet med at merarbeidet ikke var utført jevnlig. Arbeidsgiver gjorde fratrukk for avtalt sesongarbeid i sommerturnus, ekstravakter i sykepleierstillinger og vakter hun har hatt i en annen etat.

Vaktoversikt forelagt nemnda viser at A har arbeidet 315,25 timer utover sin faste stilling i perioden 9. januar 2016 til 8. januar 2017. Full stilling utgjør 1846 timer per år.

Saken ble brakt inn for tvisteløsningsnemnda ved brev datert 9. mars 2017, poststemplett 10. mars 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 9. mars 2017
- e-post av 20. mars 2017
- e-post av 20. april 2017

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev datert 27. mars 2017

Arbeidstakers anførsler

A anfører i det vesentligste at merarbeidet er utført jevnlig og at hun har krav på utvidet stilling. A anfører at sykepleiervakter skal tas med i jevnlighetsvurderingen, men at de ikke får uttelling i beregningen av utvidet stilling. Videre skal alt merarbeid hun har utført tas med i beregningen, også andre steder i virksomheten.

Arbeidsgivers anførsler

B kommune anfører i det vesentligste at A ikke har krav på utvidet stilling tilsvarende faktisk arbeidstid. Merarbeidet er ikke utført jevnlig. Arbeidsgiver har gjort fratrukk for avtalt sesongarbeid i sommerturnus, ekstravakter i sykepleierstillinger og vakter hun har hatt i en annen etat i kommunen. Merarbeidet skal være knyttet til den deltidsstilling som omfattes og eller samme type arbeidsoppgaver. Arbeidsgiver anser ikke arbeid i bo- og mestring som samme type oppgaver som i hjemmesykepleien.

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

Arbeidstaker fremsatte sitt krav for arbeidsgiver 9. januar 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 9. januar 2016 til og med 8. januar 2017.

Uenigheten mellom partene i denne saken gjelder hvorvidt merarbeidet har vært utført jevnlig i beregningsperioden og om hvilke vakter som skal tas med i jevnlighetsvurderingen og i beregningsgrunnlaget for utvidet stilling.

Nemnda vil først ta stilling til om A skal få uttelling for den delen av merarbeidet som er utført i en annen etat i kommunen.

En lignende problemstilling er berørt i bestemmelsens forarbeider (Prop. 83 L for 2012-2013) pkt. 4.4.4.6, hvor det forutsetningsvis fremkommer at arbeidstaker har sitt krav i behold også der merarbeidet er utført på forskjellige arbeidssteder/avdelinger i virksomheten. Når det gjelder merarbeidets art, finner nemnda ikke tilstrekkelige holdepunkter i lovtekst eller forarbeider for at merarbeidet som er utført må innebære samme type arbeidsoppgaver/innhold som arbeidstakers faste stilling for at det skal gi uttelling i relasjon til arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Nemnda legger derfor til grunn at As merarbeid ved andre etater i kommunen ikke i seg selv utelukker en rett til stillingsutvidelse dersom de øvrige vilkårene er oppfylt. Nemnda understreker imidlertid at arbeidstaker i slike tilfeller må akseptere at en rett til stillingsutvidelse kun gir rett til stillingsutvidelse i tilsvarende grad på ulike avdelinger/etater i virksomheten.

Nemnda viser til bestemmelsens forarbeider (Prop. 83 L for 2012-2013, pkt. 4.4.4.2), hvor det fremkommer at § 14-4 a tar sikte på å omfatte jevnlig ekstraarbeid utover den stillingsandel den deltidsansatte formelt har. Etter nemndas oppfatning vil derfor alt arbeid utover den formelle stillingsandelen som utgangspunkt anses som «arbeid utover avtalt arbeidstid». Forarbeidene avgrensner imidlertid kriteriets anvendelsesområde 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».

Nemnda har i tidligere praksis, eksempelvis sak 85/16, lagt til grunn at ferievikarvakter som inngikk i en forhåndsavklart sommerturnus ikke anses som «arbeid utover avtalt arbeidstid».

I nærværende sak er det lagt frem en sommerturnus for perioden 20. juni til 14. august 2016 og nemnda finner dermed at arbeid etter sommerturnusen ikke kan anses som «arbeid utover avtalt arbeidstid» og skal ikke tas med i beregningsgrunnlaget.

Dokumentasjon i saken viser at A har arbeidet 315,25 timer utover avtalt arbeidstid i beregningsperioden. Arbeidsgiver har dokumentert at 100,25 timer av As merarbeid gjelder vakter for sykepleiere. Etter nemndas oppfatning kan ikke sykepleiervakter 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 er 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.

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 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. 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 jevnlighetsvurderingen har nemnda delt seg i et flertall og et mindretall.

Nemndas flertall, medlemmene Sagedahl og Almestrand, har etter en helhetsvurdering kommet til at merarbeidet ikke har vært utført jevnlig og at det ikke kan legges til grunn at merarbeidet representerer en etablert praksis som fyller lovens krav. Når merarbeidet i stillinger som arbeidstaker ikke er kvalifisert for ikke inngår i jevnlighetsvurderingen, er det i beregningsperioden flere lengre opphold uten noe merarbeid.

Oppholdene varierer fra 4 til i underkant av 7 uker. Selv om det blir tatt hensyn til ferie og annet fravær som normalt forhindrer merarbeid, har merarbeidet etter flertallets 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, medlemmet Dahlstrøm, har kommet til et annet resultat. Mindretallet er ikke uenig i at dersom det har gått lengre perioder uten noe ekstraarbeid, vil dette lett frata merarbeidet preget av etablert praksis. Som nemnda har påpekt flere ganger tidligere, se blant annet vedtak 20/16, kan dette imidlertid ikke gjelde uten videre. Det må også ses hen til årsaken til at det ikke er arbeidet ekstra i perioden. I perioder der arbeidstakeren har ferie, kan det f.eks. ikke forventes merarbeid. Det samme gjelder i perioder der den deltidsansatte har tett arbeidsprogram i sin ordinære stilling. Arbeidstaker i denne saken har en fast stilling på 83,33 prosent, og har når merarbeidet inkluderes hatt en faktisk arbeidstid tilsvarende en stilling på 96,22 prosent i beregningsperioden. Det følger da at arbeidstaker vanskelig kunne ha tatt flere merarbeidsvakter. Når det i tillegg tas i betraktning at oppholdene uten merarbeid

ikke er lengre enn de er i denne saken, finner mindretallet etter en konkret vurdering at merarbeidet har en tilstrekkelig hyppighet og stabilitet til at jevnlighetsvilkåret er oppfylt.

Konklusjon

Arbeidstaker gis ikke medhold.

Tvisteløsningsnemnda

Sigrun Sagedahl
nestleder

03.07.2017

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).