

VEDTAK NR 127/17 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 helsefagarbeider i stilling på 16,9 prosent i B kommune, X behandlingssenter. Han har hatt et ferievikariat i perioden 20. juni til 14. august 2016.

Den 8. november 2016 fremsatte A krav om stillingsutvidelse på grunnlag av utført merarbeid de siste 12 måneder, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Arbeidsgiver avslo kravet 1. desember 2016. Avslaget var begrunnet med at merarbeidet ikke var utført jevnlig.

Vaktoversikt forelagt nemnda viser at A har arbeidet 771,25 timer utover sin faste stilling i perioden 8. november 2015 til 7. november 2016. Full stilling utgjør 1846 timer per år.

Saken ble brakt inn for tvisteløsningsnemnda ved epost av 21. 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 21. desember 2016

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev av 27. januar 2017
- brev av 5. mai 2017
- e-post av 24. mai 2017

Arbeidstakers anførsler

A anfører i det vesentligste at merarbeidet viser et stabilt behov som gir han rett til utvidet stilling tilsvarende faktisk arbeidstid, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Arbeidsgivers anførsler

B kommune anfører i det vesentligste at A ikke har utført jevnlig merarbeid i beregningsperioden. Det skal trekkes fra merarbeidstimer fra beregningsgrunnlaget, herunder timer i sykepleierstillinger som A ikke er kvalifisert for, ferievikariat og ekstravakter knyttet til flytteprosess i kommunen. Behovet for merarbeid er også endret. Kommunen har gjennomført store omstillingsprosesser innen helse og omsorg. På grunn av utsettelse av overflytting av personale fra andre avdelinger som skulle legges ned, medførte det at Y helsehus måtte leie inn personell midlertidig til endringene ble gjennomført og personell ble overført. Ved åpning av nytt behandlingssenter ble Z og Y helsehus lagt ned. Omstillingsprosessene har medført flere overtallige og at flere ansatte har fått større stillinger. Enheten har fortsatt 1,5 årsverk overtallige. Videre er kommunen inne i en periode med økonomiske innsparinger og har nylig iverksatt omfattende organisasjonsendring innen omsorg.

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 8. november 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 8. november 2015 til og med 7. november 2016.

Uenigheten mellom partene i denne saken gjelder omfanget av det merarbeid som skal inngå i beregningsgrunnlaget og hvorvidt merarbeidet er utført jevnlig. Arbeidsgiver anfører også at omorganiseringen har medført redusert vikarbehov, samt at kommunen er inne i en periode med økonomiske innsparinger som medfører redusert behov for merarbeid.

Dokumentasjon i saken viser at A har utført 771,25 merarbeidstimer utover fast stilling i beregningsperioden. Arbeidsgiver har dokumentert at 420,5 timer av As merarbeid har vært vakter som er tillagt sykepleiere. Ettersom 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. Eksempelvis vises det til nemndas vedtak 03/17.

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 ferievikaravtale og turnus for vikariatet, og

merarbeidet er derved ikke «arbeid utover avtalt arbeidstid». Merarbeidet tilsvarer 132,25 merarbeidstimer.

Når det gjelder jevnlighetsvilkåret fremkommer det av bestemmelsens forarbeider (Prop. 83 L for 2012-1013) 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 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.

Nemnda har kommet til at merarbeidet ikke er utført jevnlig i lovens forstand. Dokumentasjon som er forelagt nemnda viser at A har flere lengre perioder på 3,5 til 11 uker uten merarbeid. Under oppholdet på 11 uker har arbeidstaker avvirket 2 uker ferie og har hatt et ferievikariat. For øvrig er det ikke opplyst noen grunn til oppholdene. Nemnda kan dermed ikke se at merarbeidet har hatt tilstrekkelig omfang, hyppighet og stabilitet i beregningsperioden. Etter en helhetsvurdering fremstår ikke merarbeidet som jevnlig og det kan ikke legges til grunn at det representerer en etablert praksis som oppfyller lovens krav.

Ettersom nemnda har kommet til at merarbeidet ikke er utført jevnlig, er det ikke nødvendig å ta stilling til om behovet for merarbeid er bortfalt.

Konklusjon

Arbeidstaker gis ikke medhold.

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)