

## **VEDTAK NR 182/17 I TVISTELØSNINGSNEMNDA**

**Twisteløsningsnemnda avholdt møte torsdag 8. juni 2017.**

Ved behandlingen av saken var tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

**Faste medlemmer**

Steffen Rogstad, nestleder  
Silje Hassellund Solberg, LO  
Gry Brandshaug Dale, KS

**Saken gjelder**

Twist om rett til stilling for deltidsansatte tilsvarende faktisk arbeidstid etter arbeidsmiljøloven § 14-4 a

**Arbeidstaker**

A

**Arbeidsgiver**

B sykehus HF

## **Det ble truffet slikt vedtak:**

### **Saksforhold**

A er fast ansatt som sekretær i 50 prosent stilling, natt, ved ekspedisjonen, akuttmottak, B sykehus HF. Hun har hatt permisjon fra sin faste stilling fra 26. oktober 2015 og arbeidet i et vikariat på 67,5 prosent ved samme avdeling. A har i tillegg arbeidet som tilkallingsvikar som sykepleier i perioden 4. april 2016 til 31. desember 2016.

Den 24. november 2016 fremsatte A krav om stillingsutvidelse på grunnlag av utført merarbeid de siste 12 måneder, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Arbeidsgiver avsto søknaden i brev datert 25. november 2016. Avslaget var begrunnet med at hun er fast ansatt som sykepleier og hatt permisjon for å arbeide i et vikariat som sekretær. Hun har ikke rett til å øke stilling som sykepleier siden hun har arbeidet ekstra som sekretær og har heller ikke rett til å øke stilling som sekretær, da hun er fast ansatt som sykepleier.

Vaktoversikt forelagt nemnda viser at A har arbeidet 254,73 timer utover avtalt arbeidstid i perioden 31. mars 2015 til 30. mars 2016. Full stilling utgjør 1846 timer per år.

Saken ble brakt inn for tvisteløsningsnemnda ved brev av 6. 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 datert 6. desember 2016
- brev datert 26. januar 2017
- brev datert 12. mai 2017

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev datert 8. februar 2017
- e-post av 21. juni 2017

### **Arbeidstakers anførsler**

A anfører i det vesentligste at hun har utført jevnlig merarbeid og har krav på utvidet stilling.

### **Arbeidsgivers anførsler**

B sykehus viser til at de la feil faktum til grunn ved avslaget av kravet. A er omplassert som sekretær. Arbeidsgiver har vurdert kravet på nytt og opprettholder avslaget med annen begrunnelse. Arbeidsgiver anfører at A ikke kan bruke merarbeid som sykepleier til å opparbeide seg rett til utvidet stilling som sekretær. Det er ulike kompetanser og A ble av helsemessige årsaker nettopp omplassert fra stilling som sykepleier til sekretær. Merarbeid som sykepleier må tas ut av beregningen. Arbeidsgiver anfører i det vesentligste at merarbeidet ikke er utført jevnlig i beregningsperioden. Subsidiært anfører de at behovet for merarbeid har falt bort. Langtidssykemeldte er tilbake i jobb og de har ingen ledige faste

stillinger i avdelingen. De har et overforbruk på 20 prosent og det foreligger et budsjettkrav om å redusere dette. A har ikke krav på utvidet stilling.

### **Tvisteløsningsnemndas 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 24. november 2016. 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 24. november 2015 til og med 23. november 2016.

Uenigheten mellom partene i denne saken er hvorvidt merarbeidet er utført jevnlig og om hvilke vakter som skal tas med i beregningsgrunnlaget. Videre har arbeidsgiver anført at behovet for merarbeid har bortfalt.

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

Nemndas flertall, medlemmene Rogstad og Solberg har kommet til at sykepleiervaktene skal tas med i beregningsgrunnlaget for utvidet stilling. Flertallet viser til at B sykehus er arbeidsgiver for alt merarbeidet og at merarbeidet er utført i samme virksomhet. 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. Flertallet legger til grunn at § 14-4 a skal forstås slik at ekstravakter knyttet til andre kompetanseområder enn arbeidstakers faste stilling, i dette tilfelle sykepleiervakter, også skal inngå i vurderingen av ekstraarbeidet. Dette under forutsetning av at arbeidstaker har tilstrekkelig kompetanse til å oppnå fast ansettelse i en fast stilling som sykepleier.

Flertallet understreker imidlertid at arbeidstaker må akseptere at en eventuell rett til stillingsutvidelse på grunnlag av at hun har hatt jevnlig ekstravakter som sykepleier ikke gir rett til stillingsutvidelse som sekretær, og slik at B sykehus kan knytte en stillingsutvidelse opp mot sykepleiervakter i virksomheten.

Nemndas mindretall, medlem Dale, har kommet til at sykepleiervaktene ikke gir rett til større fast stilling etter merarbeidsregelen ettersom arbeidstaker er fast ansatt som sekretær og ikke sykepleier. «Arbeid utover avtalt arbeidstid» må forstås på denne måten. I forarbeidene uttales at «Den typiske situasjonen vil være der arbeidstaker arbeider «ekstravakter» utover avtalen, eller av andre grunner arbeider «overtid» i sin deltidsstilling; såkalt merarbeid.» Det er ikke klare holdepunkter i forarbeidene for å tolke dette dithen at arbeid i andre stillinger enn man

er ansatt i, skal gi rett til større fast stilling etter merarbeidsregelen. Det ville gi rett til fast ansettelse i en annen type stilling etter kun få vakter i løpet av et år, fordi de tas med i jevnlighetsvurderingen sammen med ekstravakter i den faste stillingen. Sykepleiervaktene i denne saken vil ikke vise behovet for merarbeid som sykepleier løpet av en 12-månedersperiode, slik jevnlighetsvurderingen legger opp til. Sykepleiervaktene vil selvsagt medtas i beregningen etter treårsregelen og den ulovfestede læren om fast ansettelse i likhet med andre midlertidige avtaler.

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 avgrenser 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 rammeavtale for ekstrahjelp som sykepleier i perioden 4. april 2016 til 31. desember 2016. Det er ikke angitt noen arbeidstid eller stillingsprosent og arbeidets omfang er opplyst å være «etter avtale». Det er ikke fremlagt noen arbeidsplan eller turnus for perioden og det er ikke dokumentert at arbeidsomfanget er avtalt på forhånd. Nemnda legger til grunn at arbeidsomfanget har blitt bestemt underveis ettersom fravær oppsto i avtaleperioden og derved hvor mye ekstraarbeid det ble behov for. En slik ordning har mer karakter av å dekke en «merarbeidssituasjon» eller fremstår som «ekstraarbeid». Nemnda har derfor kommet til at merarbeidstimene i henhold til den midlertidige avtalen må anses som «arbeid utover avtalt arbeidstid», og derved inngå i beregningsgrunnlaget. Arbeidstaker er sykepleier og kvalifisert for det utførte merarbeidet.

Når det gjelder jevnlighetsvilkåret 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. 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.

Nemndas flertall, medlemmene Rogstad og Solberg har kommet til at merarbeidet er utført jevnlig og at A må ha krav på økt stilling. Merarbeidet i denne saken går etter flertallets oppfatning utover det sporadiske. Selv om det har visse svingninger i intensiteten i beregningsperioden, har ekstraarbeidet vært tilstrekkelig jevnt fordelt utover året. Flertallet viser til at A har hatt ekstravakter hver måned i beregningsperioden bortsett fra juli hvor hun har avvirket to uker ferie. Flertallet 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.

Nemndas mindretall, medlem Dale, har kommet til at sykepleiervaktene skal tas ut av beregningen og at merarbeidet dermed ikke er utført jevnlig. Dokumentasjon som er forelagt nemnda viser at A har hatt to lengre perioder uten merarbeid. Disse er på 4, 5 og 8 uker. I oppholdet på 8 uker har arbeidstaker avviklet tre uker ferie. Forøvrig er det ikke opplyst noen grunn til oppholdene. Mindretallet 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.

Arbeidsgiver har anført at behovet for merarbeid har falt bort. Langtidssykemeldte er tilbake i jobb og de har ingen ledige faste stillinger i merkantil avdeling. De har et overforbruk på 20 prosent og det foreligger et budsjettkrav om å redusere dette.

Flertallet må derfor ta stilling til hvorvidt arbeidsgiver i tilstrekkelig grad har dokumentert at behovet for A merarbeid var bortfalt på avslagstidspunktet eller at det var sannsynlig at behovet ville bortfalle i nær fremtid.

Hva som skal til for at behovet for merarbeid ikke lenger anses å foreligge, er ikke nærmere definert i loven. I bestemmelsens forarbeider, Prop. 83 L (2012-2013) punkt 4.4.4.5, uttaler departementet blant annet at:

*«Det kan og tenkes at virksomheten kan begrunne et mindre behov for merarbeid framover med at det i mellomtiden har vært nødvendig med nedbemanning, eventuelt at nedbemanning eller permitteringer er sannsynlig i nær fremtid. (...) Departementet finner det ikke hensiktsmessig å fastsette konkrete krav til hvilken dokumentasjon som arbeidsgiver må legge fram. Arbeidsgiver vil i praksis måtte fremlegge informasjon som gjør det mulig for arbeidstaker og eventuelt Tvisteløsningsnemnda å etterprøve. Det avgjørende vil være hvorvidt og i hvilken grad arbeidsgiver kan sannsynliggjøre at virksomheten ikke lenger har behov for merarbeidet i tiden framover.»*

I sak 129/16 har nemndas flertall uttalt følgende om planlagte nedbemanninger på avslagstidspunktet:

*«For at nedbemanningsplaner skal ha betydning i de konkrete sakene nemnda skal avgjøre, må de etter flertallets oppfatning ikke bare fremstå som målsetninger, men være konkrete og allerede under behandling på tidspunktet for arbeidsgivers avslag. Enn videre må den planlagte nedbemanningen redusere behovet for merarbeid i den avdelingen eller enheten der merarbeidet som har utløst kravet på økt stilling, er utført.*

*Flertallet understreker videre at nedbemanningen, for å være relevant, må ha som virkning at behovet for merarbeid reduseres.»*

Slik denne saken er opplyst har flertallet kommet til at arbeidsgiver ikke i tilstrekkelig grad har sannsynliggjort at behovet for merarbeid var bortfalt eller kom til å falle bort i nær fremtid.

Arbeidsgiver har opplyst at den langtidssykemeldte var tilbake i jobb høsten 2016 og det ikke er noen ledige faste stillinger i merkantil avdeling. De har videre opplyst å ha et overforbruk på 20 prosent og at det foreligger et budsjettkrav om å redusere dette. Nemnda finner det likevel ikke tilstrekkelig underbygget at det ikke vil være behov for ekstravakter. Arbeidstaker har opplyst at hun har fortsatt å ta ekstravakter etter beregningsperioden.

Flertallet bemerker at arbeidsgivers anførsler ikke er tilstrekkelig konkret om det reduserte bemanningsbehovet på arbeidstakers avdeling. Det er derfor ikke mulig å etterprøve arbeidsgivers vurdering av bortfalt behov på tidspunktet for avslaget.

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 har arbeidet 399,65 timer utover avtalt arbeidstid i beregningsperioden, tilsvarende en samlet stillingsprosent på 23,95. Dette tilsvarer 19,36 prosent som sekretær og 4,59 prosent som sykepleier.

### **Konklusjon**

Arbeidstaker har rett til økning av sin stilling med en stillingsprosent på 23,95.

Tvisteløsningsnemnda

Steffen Rogstad  
nestleder

22.08.2017

### **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).