



Tvisteløsningsnemnda

Vedtaksdato
18. september 2020

Vår referanse
2020/69

Saksbehandler
Mona Ekelund

VEDTAK NR 131/20 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Tvisteløsningsnemnda avholdt møte torsdag 17. september 2020.

Ved behandlingen av saken var Tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Anne Marie Due, leder
Vetle Wetlesen Rasmussen, YS
Mårten Brandsnes Faret, KS

Saken gjelder

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

Arbeidstaker

A

Arbeidsgiver

B

Det ble truffet slikt vedtak:

Saksforhold

A er fast ansatt som hjelpepleier i stilling på 27,47 prosent hos B. Hun arbeider fredag, lørdag og søndag annenhver uke. I perioden 24. juni til 18. august 2019 hadde A et sommervikariat. A er for tiden sykemeldt.

Den 16. juni 2019 fremsatte A krav om stillingsutvidelse på grunnlag av utført merarbeid de siste 12 måneder, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Før arbeidsgivers svar forelå fremsatte Delta nytt krav på vegne av A i e-post av 8. oktober 2019.

I brev datert 21. oktober 2019 svarte arbeidsgiver at vurderingen av krav etter § 14-4 a måtte vente på grunn av pågående personalsak der As egnethet skulle vurderes.

Den 5. februar 2020 kom partene til enighet om å likevel behandle kravet. Arbeidsgiver viste til at A hadde krav på 50 prosent fast stilling. Delta opprettholdt krav om ny stilling på til sammen 65,67 prosent.

Kravet av 8. oktober 2019 ble avslått av arbeidsgiver i brev datert 24. februar 2020. Avslaget ble begrunnet med at merarbeidet ikke oppfylte kravet til jevnlighet. Den 26. februar 2020 ble det avholdt forhandlingsmøte der partene ikke kom til enighet.

Saken ble brakt inn for Tvisteløsningsnemnda ved e-post av 23. mars 2020. Overfor nemnda har begge parter fått anledning til å komme med utfyllende merknader i saken.

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidstaker:

- e-post av 23. mars 2020 med vedlegg
- e-post av 24. april 2020
- brev datert 29. april 2020 med vedlegg
- e-post av 20. august 2020
- e-post av 27. august 2020
- e-post av 1. september 2020 med vedlegg
- e-post av 2. september 2020 med vedlegg
- brev datert 3. september 2020

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- e-post av 25. mai 2020
- e-post av 11. juni 2020 med vedlegg
- brev datert 29. mai 2020 med vedlegg
- brev datert 22. juni 2020
- e-post av 2. september 2020 med vedlegg
- e-post av 4. september 2020 med vedlegg

Arbeidstakers anførsler

A anfører i det vesentligste at hun har krav på utvidelse av sin stilling til 59,17 prosent som tilsvarer 584,75 timer utført merarbeid i perioden 16. juni 2018 til 15. juni 2019.

Vakter arbeidsgiver anfører er normalvakter inneholder også merarbeidstimer som skal inngå i beregningsgrunnlaget, ettersom disse overstiger hennes faste stillingsprosent.

Subsidiært anføres at hun har krav på utvidet stilling til 65,67 prosent som tilsvarer merarbeidet i perioden 8. oktober 2018 til 7. oktober 2019.

Videre anføres at A er utsatt for urimelig forskjellsbehandling, da hun har søkt mange stillinger og blitt forbigått. Arbeidsgiver kan ikke avslå retten etter § 14-4 a med begrunnelse i en personalsak.

Arbeidsgivers anførsler

B anfører i det vesentligste at A ikke kan få medhold i sitt krav.

Merarbeidet i perioden 8. oktober 2018 til 7. oktober 2019 oppfyller ikke kravet til jevnlighet, da timetallet per måned varierer fra 0 til 71.

Arbeidstakers faste vakter er merket «normalvakter» og skal ikke inngå i beregningsgrunnlaget.

As stilling dekker i hovedsak behov for ekstra innleie på helg. Det stilles høyere kompetansekrav til faste stillinger med høyere stillingsprosent. Arbeidsgiver har reelle bekymringer knyttet til pasientsikkerheten på grunn av arbeidstakers faglige kompetanse. Ferievikariatet sommeren 2019 ble avtalt for at arbeidstaker skulle få mulighet til å vise sin faglige kompetanse. Det anses uforsvarlig å utvide den faste stillingen til fylkesmannen har vurdert hennes autorisasjon.

Videre anføres at behovet for vikarer i ledige stillinger alltid er midlertidig, og at behovet å dekke opp for sykefravær og permisjoner varierer.

Tvisteløsningsnemndas merknader

Innledningsvis bemerker nemnda at den har tolket arbeidsgivers anførsel om brudd på fortrinnsrett som frafalt underveis i saksbehandlingen. Nemnda viser til e-post av 20. august 2020 der Delta bekrefter at det ikke foreligger avslag eller dokumentasjon på brudd fortrinnsretten som er aktuell innenfor fristen.

Tvist 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 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.

Arbeidstaker har prinsipalt anført at hun har krav på stillingsutvidelse på bakgrunn av kravet som ble fremsatt 16. juni 2020.

Nemnda har registrert at det ikke foreligger et skriftlig avslag til tross for at arbeidstaker gjentatte ganger har bedt arbeidsgiver om å vurdere kravet uavhengig av personalsaken. Nemnda har etter en konkret vurdering kommet til at arbeidsgivers unnlattelse ikke kan være til hinder for at saken fremmes for Tvisteløsningsnemnda. Nemnda har lagt vekt på at det har gått ni måneder fra kravet ble fremsatt til saken ble fremmet, og at nemnda under saksbehandlingen har oppfordret arbeidsgiver til å uttale seg om den aktuelle beregningsperioden uten at dette har skjedd. Nemnda har etter dette lagt til grunn at kravet er avslått og har tatt saken til behandling.

Arbeidsgivers manglende skriftlige avslag innebærer at det ikke løper noen klagefrist for nemndsbehandling av kravet. Det foreligger heller ingen passivitet som tilsier at kravet skal avvises for nemndsbehandling etter ulovfestede passivitetsbetraktninger.

Arbeidstaker fremsatte sitt krav for arbeidsgiver 16. juni 2019. 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 16. juni 2018 til og med 15. juni 2019. Vaktoversikt forelagt nemnda viser at A har arbeidet 586,5 timer utover avtalt arbeidstid i denne perioden. Full stilling utgjør 1846 timer per år.

Uenigheten mellom partene i denne saken gjelder hva som skal inngå i beregningsgrunnlaget, om jevnlighetskravet er oppfylt, og om personalsak knyttet til arbeidstakers faglige kompetanse er til hinder for stillingsutvidelse.

Arbeidsgiver har anført at flere av vaktene arbeidstaker har ført opp ikke er utført, og at hun dessuten har vært fraværende noen av dagene.

Nemnda viser til utskrifter fra registreringssystemet GAT som bekrefter arbeidsgivers anførsler. De nevnte vaktene holdes dermed utenfor beregningsgrunnlaget.

Arbeidstaker har anført at vakter arbeidsgiver har merket «normalvakt» også omfatter noe merarbeid, da vaktene overstiger hennes faste stillingsprosent på 27,47.

Det er noe usikkerhet med hensyn til hvilken merking arbeidstaker henviser til, da nemnda har mottatt flere ulike timeføringsskjemaer, oppstillinger og håndskrevne oversikter. Nemnda har lagt avgjørende vekt på utskriften fra GAT og legger opplysningene der til grunn. Denne dokumentasjonen viser at A arbeider i sin faste stilling annenhver helg med til sammen 19,5 timer, hvilket utgjør den stillingsprosenten hun har i sin faste stilling.

Dokumentasjonen i saken viser at A har arbeidet 586,5 timer utover avtalt arbeidstid i beregningsperioden.

Nemnda går så over til vurderingen av om jevnlighetsvilkåret i arbeidsmiljøloven § 14-4 a er oppfylt. Inngangskriteriet om at den deltidsansatte har arbeidet «jevnlign» 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 går fram 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.

Nemnda har kommet til at merarbeidet er utført jevnlign og at A må ha krav på økt stilling. Merarbeidet i denne saken går etter nemndas oppfatning utover det sporadiske. Selv om det har visse svingninger i intensiteten i beregningsperioden, har ekstraarbeidet vært tilstrekkelig jevnt fordelt utover året. Nemnda viser til at A har hatt ekstravakter hver måned i beregningsperioden. 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.

Arbeidsgiver har anført at usikkerhet om As faglige kompetanse gjør det uforvarsilig å utvide hennes stilling inntil hennes autorisasjon er vurdert av fylkesmannen. Etter nemndas oppfatning gir ikke slike forhold grunnlag for å frata arbeidstaker rett til utvidet stilling så lenge det merarbeidet som er utført oppfyller kravet til jevnlighett.

Arbeidsgiver har anført at behovet for deler av arbeidstakers merarbeid ikke lenger foreligger da noe av merarbeidet skyldtes vakanser, og at sykefravær og permisjoner varierer.

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.»

Slik denne saken er opplyst har nemnda kommet til at arbeidsgiver ikke i tilstrekkelig grad har sannsynliggjort at behovet for merarbeid var bortfalt eller kom til å falle bort i nær framtid. Arbeidsgiver har opplyst at noe merarbeid skyldes vakanser, men ikke angitt hvilke vakter dette gjelder, eller når vakansene er dekket. Arbeidsgiver har heller ikke gjort nærmere rede for konkrete endringer med hensyn til sykefravær eller permisjoner. Nemnda har etter dette kommet til at behovet for As merarbeid ikke har falt bort.

A har dermed rett til stilling tilsvarende faktisk arbeidstid i beregningsperioden. 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 586,5 timer utover avtalt arbeidstid i beregningsperioden, noe som tilsvarer en stillingsprosent på 35,15. Samlet utgjør dette en stillingsprosent på 62,62.

Det blir etter dette ikke nødvendig for nemnda å ta stilling til kravet av 8. oktober 2019.

Konklusjon

Arbeidstaker har rett til økning av sin stilling med en stillingsprosent på 35,15.

Tvisteløsningsnemnda

Anne Marie Due
Leder

18. september 2020

Til orientering:

Tvister som nevnt i §§ 8-3, 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 fra det tidspunktet parten ble underrettet om nemndas avgjørelse, jf. arbeidsmiljøloven § 17-2 (3).

Reises det ikke søksmål innen fristen, har vedtaket virkning som en rettskraftig dom, og det kan fullbyrdes etter reglene som gjelder for dommer, jf. arbeidsmiljøloven § 17-2 (4).