



Tvisteløsningsnemnda

Vedtaksdato
24. juni 2022

Vår referanse
2022/12

Saksbehandler
Birgit Espejord Jensen

VEDTAK NR 62/22 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Tvisteløsningsnemnda avholdt møte onsdag 22. juni 2022.

Ved behandlingen av saken var Tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Anne Marie Due, leder
Tore Dahlstrøm UNIO
Silje Stadheim Almestrand, NHO

Saken gjelder

Tvist 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 pleiemedarbeider i stilling på 30,28 prosent i B kommune i avdeling for Rus og Psykiatri (X-tjenesten). Fra 1.10.21 har hun vært ansatt i et vikariat i 72 prosent stilling.

Den 1. november 2021 fremsatte A krav om stillingsutvidelse på grunnlag av utført merarbeid de siste 12 måneder, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Kravet ble avslått av arbeidsgiver i brev datert 10. januar 2022. Avslaget ble begrunnet med at A hadde arbeidet i vakter hun ikke er kvalifisert for, at kravet til jevnlighet derved ikke er oppfylt og at behovet for merarbeid er bortfalt etter vedtak om nedbemanningsprosess.

Saken ble brakt inn for Tvisteløsningsnemnda ved brev datert 21. januar 2022. Overfor nemnda har begge parter fått anledning til å komme med utfyllende merknader i saken.

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidstaker:

- brev datert 21. januar 2022
- brev datert 27. mai 2022
- brev datert 3. juni 2022

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev datert 16. februar 2022
- brev datert 13. juni 2022

Arbeidstakers anførsler

A gjør i det vesentligste gjeldende at hun har utført merarbeid de siste 12 månedene før kravet om rett til utvidet stilling ble fremsatt. Videre anfører hun at behovet for merarbeid ikke er bortfalt. A anfører at det er et vedvarende høyt sykefravær generelt i kommunen, og i de siste årene har flere vikarer fått fast ansettelse etter aml. § 14-9 nettopp på grunn av økt bruk av vikarer. I tillegg er det benyttet innleide arbeidstakere.

A er kjent med at det pågår en nedbemanningsprosess, og X-tjenesten har blitt nedbemannet med 3 stillinger, hvor 2 av disse fremdeles er vikarer ved samme avdeling. A anfører at B kommune ikke har lagt fram dokumentasjon over en konkret nedbemanningsplan, og mener at arbeidsgiver ikke har sannsynliggjort at det er bortfalt behov for merarbeid i kommunen. Til slutt anføres at behovet for merarbeid fortsatt er til stede og at dette fremkommer ved at det har vært økning i sykefraværet i beregningsperioden som arbeidsgiver viser til.

Arbeidsgivers anførsler

B kommune gjør gjeldende at timeføringsskjemaet er gjennomgått og vurdert i forhold til timelistene og opplyser at det er avvik mellom førte timer og timelistene i september og

oktober. På grunn av sykefravær i administrasjonen har det oppstått en feil i kommunens administrative verktøy der timene registreres. De har derfor gjennomgått og kommentert vaktene i timeførings skjemaet. Vakter som er merket med «v» er de enige med arbeidstaker om utført merarbeid.

For øvrig anfører B kommune at noen av de oppførte vaktene ikke skal tas med i beregningsgrunnlaget. Dette gjelder fire vakter som er en del av hennes faste arbeidstid i deltidsstillingen, 30 vakter der hun har vikariert for personell under ferieavviklingen og 21 ekstravakter i sykepleier- eller vernepleierstillinger som hun ikke er kvalifisert for. Videre anfører kommunen at når disse vaktene tas ut så er merarbeidet ikke utført jevnlig i beregningsperioden. Til slutt anfører B kommune at behovet for merarbeid har bortfalt som følge av bystyrets vedtak av 9. desember 2021 om nedbemanning.

Tvisteløsningsnemndas merknader

Tvist mellom arbeidsgiver og arbeidstaker om rett til stilling for deltidsansatte tilsvarende faktisk arbeidstid kan bringes inn for Tvisteløsningsnemnda, jf. arbeidsmiljøloven § 17-2 første ledd og § 14-4 a annet ledd. 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. Tolv månedersperioden skal beregnes med utgangspunkt i det tidspunkt arbeidstaker fremmet sitt krav.

Arbeidstaker fremsatte sitt krav for arbeidsgiver den 1. november 2021. 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 1. november 2020 til og med 31. oktober 2021. Vaktoversikt forelagt nemnda viser at A har arbeidet 1247 timer utover avtalt arbeidstid i denne perioden. Full stilling utgjør 1668,5 timer per år.

Uenigheten mellom partene i denne saken gjelder hvilke vakter som skal inngå i beregningsgrunnlaget, om merarbeidet er jevnlig og om merarbeidet har falt bort etter arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

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 stillingsandelen som den deltidsansatte formelt har. Etter nemndas oppfatning vil derfor alt arbeid utover den formelle stillingsandelen som utgangspunkt anses som «arbeid utover avtalt arbeidstid». Forarbeidene avgrensar regelens 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».

Slik saken er fremlagt for nemnda er det ikke opplysninger om særskilte vikaravtaler, som tar sikte på å skape forutberegnelighet for A med hensyn til hvor mye hun skal arbeide under

ferieavviklingen i avdelingen. Etter en konkret vurdering av de fremlagte timelistene fremstår det som at merarbeidet er en følge av ikke planlagt fravær som sykefravær, feriefravær og vakante stillinger med videre. Nemnda kan ikke se at merarbeidet skyldes en utvidelse av As faste stillingsandel. Nemnda har derved kommet til at vakter der merarbeidet har dekket feriefravær skal tas med i beregningsgrunnlaget.

A har ført opp at hun har utført 1392,72 timer merarbeid de siste 12 måneder før kravet ble satt fram for arbeidsgiveren. Ved en sammenligning med timelistene har nemnda kommet fram til at det er dokumentert at det er arbeidet 1247,4 timer merarbeid i perioden. Nemnda viser til at det bare er merarbeid ut over den faste stillingsandelen som skal tas med i beregningsgrunnlaget, og 39,5 timer fra vakter den 13.14. og 15. november 2020, og den 6. oktober 2021 derfor tas derfor ut av beregningsgrunnlaget

Arbeidsgiver har videre redegjort for at 270,25 timer av merarbeid har vært utført i vakter som er tillagt stillinger for sykepleiere og har anført at disse timene ikke skal inngå i beregningsgrunnlaget, da A ikke er kvalifisert for denne typen arbeid. Etter en gjennomgang av timeskjemaet med arbeidsgivers kommentarer, og timelistene legger nemnda til grunn at 154,25 timer er merarbeid knyttet til vakter som er tillagt sykepleierstillinger.

Nemnda bemerker innledningsvis at det i utgangspunktet er arbeidsgiver som fastsetter kompetansesammensetningen i virksomheten og hvilke kvalifikasjonskrav som skal gjelde for den enkelte stilling. Nemnda bør i begrenset grad prøve arbeidsgivers vurdering av dette.

Nemnda har også forståelse for at arbeidsgiver i enkelttilfeller kan vurdere det som faglig forsvarlig å tildele vakter til en pleiemedarbeider som vikar for sykepleier, uten at dette dermed er uttrykk for en tilfredsstillende kompetansesammensetning i et lengre tidsperspektiv.

I tilfeller som her, der arbeidsgiver jevnlig, over en lengre periode, har satt en arbeidstaker til å utføre merarbeid i vakter tilhørende stillinger med krav om en annen formalkompetansene enn det vedkommende innehar, blir spørsmålet om arbeidsgiver rettmessig kan påberope at slike vakter ikke skal gi uttelling ved krav om utvidet stilling etter arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Slik nemnda ser det, må dette bero på en konkret vurdering av flere forhold, deriblant hva arbeidsgiver har foretatt seg for å dekke det aktuelle merarbeidsbehovet med kvalifisert arbeidskraft.

Dersom arbeidsgiver ikke kan vise til at man ved stillingsutlysninger eller andre tiltak aktivt har forsøkt å rekruttere arbeidstakere med de ønskede kvalifikasjoner, skal det etter nemndas syn mye til for å sannsynliggjøre at merarbeidet arbeidstakeren har utført i slike stillinger ikke er uttrykk for arbeidsgivers stabile og varige behov for vedkommende arbeidskraft. Dette er i tråd med nemndas senere praksis, se blant annet flertallets votum i vedtak 33/18, 110/18 og nemndas enstemmige vedtak 23/19.

B kommune har i denne saken redegjort for at A har utført merarbeid knyttet til sykepleiere som har hatt sykefravær og feriefravær. Hun har da ikke kunnet ivareta spesielle helse- og medisinfaglige oppgaver knyttet til stillingen.

Arbeidsgiver anfører at det er vanskelig å rekruttere ønsket kompetanse, og at de ikke fikk respons fra andre avdelinger når de søkte internt i kommunen etter helsefaglig høgskolepersonell. Av timelistene fremkommer det at arbeidsgiver har vakante stillinger, syke- og feriefravær som over hele beregningsperioden har vært dekket av personell med annen kompetanse enn sykepleiere. Det er ikke dokumentert fra kommunens side at det er forsøkt å få tak i kvalifisert personell ved for eksempel utlysning av ledige stillinger. Nemnda kan på denne bakgrunn ikke se at arbeidsgiver i løpet av beregningsperioden har jobbet aktivt for å dekke dette behovet.

B kommune har videre opplyst at de har organisert arbeidet i de aktuelle vaktene slik at bemanningen er forsvarlig, selv om A har jobbet vakter for sykepleiere. Kommunen har dermed vurdert det slik at de har hatt tilfredsstillende kompetanse på den enkelte vakt for å ivareta avdelingens behov for faglig forsvarlig kompetanse. Nemnda kan etter dette ikke se at arbeidsgiver har sannsynliggjort at de har satt i verk tiltak for å få tak i kvalifisert personell.

Etter en konkret vurdering har nemnda derfor kommet til at den delen av merarbeidet som er utført i vakter tillagt sykepleier også skal inngå i beregningsgrunnlaget. Det er utført merarbeid tilsvarende 1235,8 timer 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 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.

Ettersom nemnda har kommet til at også merarbeidet som er utført i sykepleiervakter skal inngå i beregningsgrunnlaget, blir utgangspunktet for jevnlighetsvurderingen at A har utført merarbeid tilsvarende 1235,8 timer i beregningsperioden.

Etter nemndas forståelse av kravet til jevnlighet har A krav på økt stilling. Nemnda viser til at A har utført merarbeid hver måned i beregningsperioden. Selv om det har vært visse svingninger i intensiteten i merarbeidet, har merarbeidet vært tilstrekkelig jevnt fordelt utover året. Det er utført merarbeid hver måned, bare avbrutt av ferie i uke 27, 28 og 29, og sykemelding i uke 21 og 22. Samlet sett har merarbeidet etter nemndas oppfatning hatt

tilstrekkelig omfang, hyppighet og stabilitet i den aktuelle tolv månedersperioden. Nemnda har etter dette kommet til at A fyller kravene i § 14-4 a, og derfor får medhold i sitt krav.

Nemnda skal videre vurdere om merarbeidet har falt bort som følge av bystyrets vedtak fra desember 2021 om reduksjon av tjenester og bemanning i X tjenesten, eller om merarbeidet har falt bort fordi sykefraværet er redusert fra beregningsperioden til vedtakstidspunktet. Det er i saken opplyst at sykefraværet har variert fra 2,7 til 20 prosent i beregningsperioden, og ved utgangen av året var dette redusert til 13 prosent, men at det i januar hadde en økning som følge av pandemien.

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 og permitteringer:

«Tilsvarende må gjelde der behovet for merarbeid må forventes å bortfalle som følge av at arbeidsgiver har foretatt eller er i ferd med å foreta nyansettelser, eller kan legge til grunn at arbeidstakere snarlig vil vende tilbake til virksomheten etter syke eller permisjonsopphold e.l.»

Lovens ordlyd taler for at behovet skal være bortfalt allerede da arbeidsgiver tar stilling til kravet/eller også på kravtidspunktet. Ved lang saksbehandlingstid i nemnda er også utgangspunktet situasjonen på avslagstidspunktet, slik at evt. nedbemanningsbehov oppstår i ettertid, før nemndsbehandling, påvirker nemndas vurdering, men må angripes av arbeidsgiver ved behov gjennom de rette virkemidler.

Slik denne saken er opplyst har nemnda kommet til at arbeidsgiver ikke har dokumentert at behovet for deler av merarbeidet har bortfalt. Det er i saken opplyst at det i X-tjenesten er sagt opp tre stillinger, men at to av disse er tatt inn igjen i vikariater. Det er videre opplyst at A jobber i avdeling I, og at der ble cirka 0,5 til 1 årsverk oppsagt. Det er videre opplyst om at det fortsatt er behov for ansatte som tar ekstravakter for å dekke opp vaktlistene. Nemnda har kommet til at det ikke er beskrevet konkret hvordan oppsigelsene har medført mindre behov for merarbeid. Nemnda legger vekt på arbeidstakers uttalelse om at det fortsatt er behov for merarbeid. Nemnda finner heller ikke at arbeidsgiver har beskrevet hvordan sykefraværet konkret skal reduseres i fremtiden.

Etter en konkret vurdering av saken kan ikke nemnda se at arbeidsgiver har sannsynliggjort at behovet for merarbeid har falt bort eller vil falle bort i nær fremtid.

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 stillings økning må etter nemndas oppfatning beregnes med utgangspunkt i brutto årstimetall i full stilling fratrukket ferie, i dette tilfellet 1846 timer.

Dokumentasjonen i saken viser at A har arbeidet 1235,8 timer utover avtalt arbeidstid i beregningsperioden, noe som tilsvarer en stillingsprosent på 74,07. Utført merarbeid og fast stillingsandel utgjør en stillingsprosent på 104,35. Hun kan ikke få mer enn til sammen 100 prosent stilling. Hun har da rett til økning i stillingsprosent på 69,72 slik at samlet ny stillingsstørrelse utgjør 100 prosent.

Konklusjon

A har rett etter arbeidsmiljøloven § 14-4a til økning av sin stilling med 69,72 prosent.

Tvisteløsningsnemnda

Anne Marie Due
Leder

24. juni 2022

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 annet ledd. 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 tredje ledd.

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 fjerde ledd.