



Tvisteløsningsnemnda

Vedtaksdato
18. oktober 2022

Vår referanse
2022/102

Saksbehandler
Mona Ekelund

VEDTAK NR 98/22 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Tvisteløsningsnemnda avholdt møte torsdag 13. oktober 2022.

Ved behandlingen av saken var Tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Anne Marie Due, leder
Vetle Wetlesen Rasmussen, YS
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

Det ble truffet slikt vedtak:

Saksforhold

A er fast ansatt som pleieassistent i stilling på 21,36 prosent ved B, for tiden ved avdeling 4 ved X.

Den 28. mars 2022 fremsatte A krav om stillingsutvidelse på grunnlag av utført merarbeid de siste 12 måneder, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

I brev datert 22. mai 2022 tilbød arbeidsgiver 60 prosent stilling fra 15. august 2022 blant annet under forutsetning av at A påbegynner helsefagarbeiderutdanning innen august 2023. Ytterligere utvidelse ble avslått og begrunnet med at behovet for merarbeidet hadde falt bort.

Saken ble brakt inn for Tvisteløsningsnemnda ved e-post av 14. juni 2022. Overfor nemnda har begge parter fått anledning til å komme med utfyllende merknader.

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidstaker:

- e-post av 14. juni 2022
- brev datert 24. august 2022
- e-post av 1. september 2022

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev datert 22. juli 2022
- brev datert 19. august 2022

Arbeidstakers anførsler

A anfører at hun har rett til 81,23 prosent stilling og viser i det vesentligste til at det går fram av lønsslippene at hun har utført 999 timer merarbeid i 12-månedersperioden.

A anfører at årsaken til merarbeidet er uten betydning og at det ikke var avtalt noen midlertidig stillingsutvidelse. Arbeidsgiver anså henne som kvalifisert og utlysningene de viser til er ikke relevante ettersom de blant annet omhandler et vikariat. Det må antas å være i strid med loven å inngå løpende kortvarige vikaravtaler for å dekke et konstant behov.

A anfører til slutt at B ikke har dokumentert at behovet for merarbeidet ikke lenger foreligger. Statistikk over ekstravaktbruk viser at den og sykefraværet er omtrent det samme i dag som før og under pandemien. A viser til at grunnbemanningen er for lav uavhengig av pandemien og at behovet for merarbeidet derfor fortsatt er til stede. Det er ikke unormalt at det til enhver tid er noen borte fra X.

Arbeidsgivers anførsler

B anfører at A ikke har rett til ytterligere stillingsutvidelse og viser til at merarbeidet som gjenstår når 166,17 timer hun ikke er kvalifisert for trekkes fra, neppe kan anses som jevnlig utført.

B anfører at fem vakter i august/september 2021 ikke skal tas med i beregningsgrunnlaget fordi dette inngikk i en midlertidig stillingsutvidelse som ferievikar.

B anfører at lovgiver ikke har tatt høyde for covid-19-pandemien og at ekstravakter i denne forbindelse ikke nødvendigvis må formaliseres i form av et vikariat for at de skal tas ut av beregningsgrunnlaget.

B anfører at begrensninger i antall arbeidssteder av hensyn til smittevern gjorde det umulig å få tak i nok kvalifisert personell. Arbeidsgiver utlyste stillinger, økte egne ansattes stillinger og forsøkte å få tak i nye ekstravakter i den aktuelle perioden. En periode forelå også en avtale med 3. års sykepleierstudenter fra en høyskole.

Subsidiært anfører B at deler av behovet for As merarbeid har falt bort. Tiltak i forbindelse med pandemien er opphevet og den gjennomsnittlige forskjellen i sykefravær mellom 2019 og 2020-2022 var 13 prosent og behovet for dette merarbeidet er derfor ikke lenger til stede. X har ikke lenger vakante stillinger og tilgangen på tilkallingsvakter med rett kompetanse er god.

Tvistløsningsnemndas 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 28. mars 2022. 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 28. mars 2021 til og med 27. mars 2022. Timelister forelagt nemnda viser at A har arbeidet 934,5 timer utover sin faste deltidsstilling 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, samt hvorvidt behovet for A sitt merarbeid er bortfalt.

Nemnda vil først ta stilling til hvilke vakter som skal tas med i beregningsgrunnlaget. Arbeidsgiver har anført at 5 vakter på til sammen 34,5 timer i august/september 2021 ikke skal tas med fordi vaktene skyldes at A var ferievikar og at timene dermed var avtalt i form av en midlertidig stillingsutvidelse.

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».

Det er ikke fremlagt noen midlertidige arbeidsavtaler som dekker det nevnte merarbeidet og nemnda har dermed kommet til at disse er å anse som merarbeid som skal tas med i beregningsgrunnlaget.

Arbeidsgiver har opplyst at **Feil! Bokmerke er ikke definert.** 156,67 timer av As merarbeid har vært utført i vakter som er tillagt stillinger for helsefagarbeidere og har anført at disse timene ikke skal inngå i beregningsgrunnlaget på bakgrunn av at A ikke er kvalifisert for denne typen arbeid. A har anført at hun ble ansett kvalifisert fram til kravet ble fremsatt og at utlysningene B viser til ikke er relevante.

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 pleieassistent som vikar for helsefagarbeidere 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, i dette tilfellet helsefagarbeidere, 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 vedkommendes arbeidskraft.

Arbeidsgiver har i denne saken gitt en oversikt som viser utlysninger av sykepleier- og helsefagarbeiderstillinger forut for og under beregningsperioden kravet gjelder. Av disse er det ett vikariat for helsefagarbeider med ett års varighet ved X.

I denne saken har nemnda, etter en konkret vurdering, kommet til at merarbeidet i helsefagarbeiderstillingen ikke er et uttrykk for arbeidsgivers stabile og varige behov for merarbeidet til en pleieassistent. Nemnda har lagt vekt på at B i beregningsperioden har økt stillingsprosentene til øvrige ansatte, forsøkt å få tak i nye ekstravakter og i en periode hadde avtale med Z høgskole om bruk av 3. års sykepleierstudenter i tillegg til å lyse ut et ettårig vikariat som helsefagarbeider ved X der A har utført sitt merarbeid. Ettersom den utlyste stillingen krever en annen kompetanse og utdanning enn det arbeidstaker innehar, har nemnda kommet til at den delen av merarbeidet som er utført i vakter tillagt helsefagarbeiderstillingen ikke skal inngå i beregningsgrunnlaget.

Når de nevnte vaktene er trukket fra, gjenstår 777,83 timer merarbeid 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 kommer frem 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 vært visse svingninger i intensiteten i beregningsperioden, har ekstraarbeidet vært tilstrekkelig jevnt fordelt utover året. Nemnda viser til at A bare har hatt ett opphold i merarbeidet på tre uker, hvorav to av ukene skyldes ferieavvikling. Ekstraarbeidet har derved 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 behovet for deler av arbeidstakers merarbeid ikke lenger foreligger. B viser til at det ikke lenger er vakante stillinger, at sykefraværet var 13 prosent høyere enn normalt i beregningsperioden og at ekstraordinære tiltak i forbindelse med covid-19-pandemien har opphørt.

Hva som skal til for at behovet for merarbeid ikke lenger anses å foreligge, er ikke nærmere definert i loven. Ordlyden krever imidlertid at arbeidsgiver kan dokumentere at behovet for merarbeidet ikke lenger foreligger, og kravene til dokumentasjonen er i noen grad kommentert i forarbeidene, Prop. 83 L (2012-2013) punkt 4.4.4.5:

«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 merarbeid i tiden framover.»

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. (...)

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.»

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.

Nemnda er enig med arbeidsgiver i at covid-19-pandemien utgjør en ekstraordinær situasjon og mener det er sannsynlig at X på lik linje med mange andre helseinstitusjoner har hatt økt behov for merarbeid som følge av pandemien. Nemnda legger derfor i utgangspunktet til grunn at det er sannsynlig at dette behovet for merarbeid vil falle bort når pandemien er over.

Bestemmelsen oppstiller imidlertid et dokumentasjonskrav, og nemnda kan ikke se at det i foreliggende sak er tilstrekkelig dokumentert at behovet for merarbeid er bortfalt eller kommer til å falle bort i nær fremtid. Arbeidsgiver har ikke dokumentert eller identifisert hvilket merarbeid som skal ha falt bort utover fire vakter på til sammen 27,84 timer som ifølge timelistene skyldes ekstraordinære tiltak i forbindelse med pandemien og nemnda har kommet til at behovet for disse har falt bort.

Det går fram av timelistene at merarbeidet har ulike årsaker, som ferie, vakant stilling, sykdom, overtid, etc. og statistikken arbeidsgiver har fremlagt gjelder «Sykefravær for pleie og sosial omsorg, barnehager mv.», på landsbasis årene 2019-2022 og er dermed etter nemndas oppfatning ikke tilstrekkelig konkret til å dokumentere endringen i sykefraværet

før, under og etter pandemien ved X. Nemnda viser også til arbeidstakers opplysninger og dokumentasjon, som arbeidsgiver har fått seg forelagt uten å kommentere, der det går fram at sykefraværet ved Sykehjemsetaten i C i første kvartal de siste 4 årene har endret seg minimalt. Nemnda har derfor kommet fram til at behovet for merarbeid som skyldes sykefravær ikke er dokumentert bortfalt.

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 750,02 timer utover avtalt arbeidstid i beregningsperioden, etter fratrukket merarbeid det ikke lenger er behov for, noe som tilsvarer en stillingsprosent på 44,95. Samlet utgjør dette en stillingsprosent på 66,31.

Ettersom A allerede har fått innvilget stillingsutvidelse til 60 prosent har hun dermed rett til ytterligere 6,31 prosent utvidelse slik at ny fast stilling blir 66,31 prosent.

Nemnda bemerker at arbeidsmiljøloven § 14-4 a ikke gir arbeidsgiver anledning til å sette opp egne vilkår som ikke følger av lovens ordlyd, som for eksempel utdanningskrav. Dersom vilkårene i bestemmelsen er oppfylt har arbeidstaker krav på stillingsutvidelse.

Konklusjon

A har rett til økning av sin stilling med en stillingsprosent på 6,31.

Tvisteløsningsnemnda

Anne Marie Due
Leder

18. oktober 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.