



Tvisteløsningsnemnda

Vedtaksdato
19. mars 2020

Vår referanse
2019/26587

Saksbehandler
Mona Ekelund

VEDTAK NR 43/20 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Tvisteløsningsnemnda avholdt møte onsdag 18. mars 2020

Ved behandlingen av saken var Tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Anne Marie Due, leder
Silje Hassellund Solberg, LO
Marianne Pedersen, Virke

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 hjelpepleier i stilling på 65 prosent i B kommune, med tjenestested X omsorgssenter, avdeling V rehabilitering/Y korttidsavdeling.

Den 21. oktober 2019 fremsatte A krav om stillingsutvidelse på grunnlag av utført merarbeid de siste 12 måneder, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Kravet ble delvis avslått av arbeidsgiver i brev datert 13. november 2019. Avslaget ble begrunnet med at vakter med krav til sykepleierkompetanse og overtid i etterkant av ordinære vakter ikke skulle tas med i beregningsgrunnlaget. A ble tilbudt økt stillingsandel med 19,2 prosent med økt aftenvakt- og helgevaktbelastning. Arbeidstaker avslo tilbudet.

Saken ble brakt inn for Tvisteløsningsnemnda ved brev datert 20. november 2019, poststempelt 20. november 2019. Overfor nemnda har begge parter fått anledning til å komme med utfyllende merknader i saken.

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidstaker:

- brev datert 20. november 2019 med vedlegg
- e-post av 7. januar 2020 med vedlegg
- e-post av 27. januar 2020

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev datert 13. desember 2019 med vedlegg
- brev datert 16. januar 2020 med vedlegg

Arbeidstakers anførsler

A anfører i det vesentligste at hun har krav på stillingsutvidelse med 28,43 prosent. Både sykepleiervakter og overtidstimer skal inngå i beregningsgrunnlaget.

A anfører videre at hun ikke har plikt til å ta imot hele stillingsutvidelsen og at hun av hensyn til helsen bør få økt sin stilling med 23,15 prosent uten at helgevaktbelastningen øker.

Arbeidsgivers anførsler

B kommune anfører i det vesentligste at kravet må avslås fordi økt stillingsandel og vaktbelastningen dette innebærer vil kunne medføre helseproblemer for arbeidstaker.

A må akseptere hele stillingsutvidelsen og samme omfang av ubekvemme vakter som i merarbeidet eller trekke kravet.

Subsidiært anføres at 153 timer merarbeid utført i vakter som er tilegnet sykepleiere og 11 timer som skyldes overtid tilknyttet egne vakter skal tas ut av beregningsgrunnlaget.

Twisteløsningsnemndas merknader

Twist mellom arbeidsgiver og arbeidstaker om rett til stilling for deltidsansatte tilsvarende faktisk arbeidstid kan bringes inn for Twisteløsningsnemnda, 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 fremsatte sitt krav for arbeidsgiver 21. oktober 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 21. oktober 2018 til og med 20. oktober 2019. Vaktoversikt forelagt nemnda viser at A har arbeidet 503,5 timer utover avtalt arbeidstid i denne perioden. Full stilling utgjør 1846 timer per år.

Uenigheten mellom partene i denne saken gjelder hvilke vakter som skal inngå i beregningsgrunnlaget etter arbeidsmiljøloven § 14-4 a og om arbeidstaker kan kreve lavere stillingsandel og lavere omfang av ubekvemme vakter.

Arbeidsgiver har anført at til sammen 11 timer overtid i forbindelse med As faste vakter ikke skal tas med i beregningsgrunnlaget.

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 fremgår av sakens dokumenter at overtidstimene ikke er omfattet av noen midlertidig ansettelseskontrakt eller annen avtale. Timene er etter nemndas oppfatning «arbeid utover avtalt arbeidstid» og skal inngå i beregningen.

Arbeidsgiver har dokumentert at 174,5 timer av A sitt merarbeid har vært utført i vakter som er tillagt sykepleierstillinger, og har anført at disse timene ikke skal inngå i beregningsgrunnlaget på bakgrunn av at A ikke er kvalifisert for denne typen arbeid.

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 hjelpepleier som vikar for sykepleiere, 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 vedkommendes 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.

Arbeidsgiver har i denne saken dokumentert at det i beregningsperioden har vært utlyst 5 sykepleierstillinger ved X omsorgssenter, avdeling V og Y, på tilsammen 4,55 årsverk. Det er gjort tilsetninger i alle stillingene og den siste tiltrer i april 2020. I tillegg returnerte en sykepleier fra 40 prosent permisjon den 31. desember 2019.

I denne saken har nemnda, etter en konkret vurdering, kommet til at merarbeidet i de omtalte sykepleiervaktene ikke er et uttrykk for arbeidsgivers stabile og varige behov for merarbeidet til en hjelpepleier. Nemnda har lagt vekt på at B kommune har utlyst til sammen 5 sykepleierstillinger på tilsammen 4,55 årsverk i beregningsperioden, ved avdelingen der A har utført sitt merarbeid. Ettersom de utlyste stillingene krever en annen kompetanse og utdanning enn det arbeidstaker innehar mener nemnda at den delen av merarbeidet som er utført i vakter tillagt sykepleierstillinger ikke skal inngå i beregningsgrunnlaget. Når det ovennevnte merarbeidet er trukket fra gjenstår det et merarbeid tilsvarende 329 timer i beregningsperioden.

Nemnda går så over til vurderingen av om jevnlighetsvilkåret i arbeidsmiljøloven § 14-4 a er oppfylt. Ettersom nemnda har kommet til at merarbeidet som er utført i sykepleiervakter ikke skal inngå i beregningsgrunnlaget, blir utgangspunktet for jevnlighetsvurderingen at A har utført merarbeid tilsvarende 329 timer i beregningsperioden.

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.

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 og at det ikke foreligger lengre sammenhengende oppholdsperioder utenom i sommerferien. 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.

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 329 timer utover avtalt arbeidstid i beregningsperioden, noe som tilsvarer en stillingsprosent på 19,72. Arbeidstaker har etter dette rett til økning av sin stilling med 19,72 prosent slik at samlet ny stillingsstørrelse utgjør 84,72 prosent.

Arbeidstaker har anført at hun har rett til en stillingsutvidelse som innebærer lavere helgebelastning enn det arbeidsgiver har tilbudt.

I prop. 83 L (2012-2013) punkt 4.4.4.6 (Hva innebærer det å få rett til stilling tilsvarende faktisk arbeidstid), bemerket Departementet:

«Deltidsansatte som oppfyller vilkårene etter bestemmelsen har rett til stilling i samsvar med det merarbeidet som er utført. Det innebærer en rett til stilling med samme omfang (stillingsstørrelse), arbeidssted og vakter tilsvarende merarbeidet vedkommende har utført i løpet av beregningsperioden.»

Departementet påpeker videre at:

«Bestemmelsen skal ikke forstås slik at en deltidsansatt selv har adgang til å velge hvor stor stillingsbrøk/andel hun eller han ønsker å utvide sin ordinære stillingsprosent med ut fra egne preferanser, selv om ønsket stillingsbrøk ligger innenfor rammen av det faktiske merarbeidet. En deltidsansatt som gjør krav gjeldende etter bestemmelsen, må i utgangspunktet akseptere å ta ut (hele) den stillingsutvidelse som tilsvarer det reelle merarbeidet. "Full stilling" vil likevel representere et tak for hva arbeidstaker kan kreve og eventuelt må akseptere. Bestemmelsen er likevel ikke til hinder for at partene kan avtale en mindre utvidelse av stillingen enn hva arbeidstaker har rett til etter lovparagrafen.

Departementet påpeker at deltidsansatte som oppfyller vilkårene etter bestemmelsen ikke fritt skal kunne velge hvilket sted eller avdeling hun eller han skal utføre arbeidet i den utvidede stillingen. Dersom merarbeidet som har lagt grunnlaget for utvidet stilling har vært utført på et eller flere andre steder/avdelinger enn der arbeidstaker har sitt

hovedarbeidssted, må den deltidsansatte akseptere at arbeidsgiver fortsatt velger å bruke vedkommende på forskjellige steder/avdelinger i virksomheten. Det betyr samtidig at arbeidstaker også må akseptere samme omfang av ubekvemme vakter dersom arbeidsgiver ønsker og har behov for dette.» (vår understreking)

Hvilket omfang av ubekvemme vakter arbeidstaker som følge av dette må akseptere, ligger utenfor nemndas kompetanse å ta stilling til.

Konklusjon

Arbeidstaker har rett til økning av sin stilling med en stillingsprosent på 19,72.

Tvisteløsningsnemnda

Anne Marie Due
Leder

19. mars 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).