



Tvisteløsningsnemnda

Vedtaksdato
17. november 2020

Vår referanse
2020/121

Saksbehandler
Trine Elisabeth Selnes

VEDTAK NR 154/20 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Tvisteløsningsnemnda avholdt møte torsdag 5. november 2020.

Ved behandlingen av saken var Tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Anne Marie Due, leder
Silje Hassellund Solberg, LO
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 hjelpepleier i stilling på 40,14 prosent i B kommune.

Den 29. november 2019 fremsatte A krav om stillingsutvidelse på grunn av utført merarbeid de siste 12 måneder, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Kravet ble avslått av arbeidsgiver 28. mai 2020. Avslaget ble hovedsakelig begrunnet med at det ikke var behov for merarbeidet lenger.

Saken ble brakt inn for Tvisteløsningsnemnda ved brev datert 23. juni 2020. Overfor nemnda har begge parter fått anledning til å komme med utfyllende merknader i saken.

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidstaker:

- brev datert 23. juni 2020
- brev datert 26. august 2020
- brev datert 29. september 2020

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev datert 10. august 2020
- brev datert 26. august 2020
- brev datert 14. september 2020

Arbeidstakers anførsler

A anfører i det vesentligste at hun jevnlig har utført merarbeid de siste 12 månedene før kravet ble fremsatt. Hun bestrider at fravær i merarbeid som skyldes egen sykdom eller barns sykdom skal trekkes fra. Det forhold at hun ble satt opp på de aktuelle vaktene viser arbeidsgivers store behov for merarbeidet selv om hun faktisk ikke arbeidet vaktene. Videre mener arbeidstaker at heller ikke vaktene som følger av den forhåndsavtalte sommerturnusen skal trekkes fra.

Arbeidstaker opplyser at hun fortsatt blir satt opp på arbeid utover sin faste stilling, og mener derfor at behovet for merarbeid ikke har bortfalt. Selv om vakante vakter i stor grad har bortfalt, så blir hun fortsatt satt inn på vernepleiervakter og andre vakter ved sykdom eller permisjon hos andre ansatte. Ettersom det kun er én vernepleier på arbeidsplassen, fyller arbeidsgiver disse vaktene med personell uten vernepleierutdannelse i hennes fravær.

Arbeidsgivers anførsler

B kommune anfører i det vesentligste at flere av timene og vaktene som fremgår av vaktlistene ikke er arbeidet på grunn av egen sykdom eller barns sykdom. Sommerferieturnusen var dessuten avtalt med både fagforeningen og arbeidstakeren, og vakter som inngår i denne skal derved ikke inngå i beregningsgrunnlaget. Arbeidsgiver viser videre til at flere av vaktene A har arbeidet har vært vakante vakter som krever

vernepleierkompetanse. Ettersom A ikke er utdannet vernepleier, så skal disse ikke inngå i beregningsgrunnlaget. Når man trekker fra dette merarbeidet, så er ikke merarbeidet utført jevnlig.

Arbeidsgiver anfører videre at det ikke er samme behov for merarbeid i dag, og at arbeidstaker derfor ikke har rett til utvidet stilling. C omsorgsbolig har kuttet i antall årsverk ved avdelingen og to vernepleierstillinger på 97,3 prosent og 66,56 prosent ble slått sammen til en 100 prosent stilling. Vedkommende som har vernepleierstillingen startet 1. april 2019. Resterende 63 % av den andre vernepleierstillingen ble fjernet og de vakante vaktene som vernepleier er derfor bortfalt. I tillegg fikk virksomheten redusert antall beboere med to personer i løpet av 2019, noe som nødvendiggjør en reduksjon på 4,3 årsverk. Kuttene ble ikke fullt ut iverksatt før 17. juni 2019 da ny turnus ble iverksatt. Den nye avdelingslederen hadde også tidligere hatt en vernepleierstilling med fagansvar, som ble vakant da han ble leder. Hans stilling er ikke videreført, men stillingen ble først tatt ut av turnusen 2. desember 2019.

Arbeidsgiver er enig i at A fortsatt blir satt opp på vakter i et visst omfang ved andre ansattes fravær også etter beregningsperioden.

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 (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 29. november 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 29. november 2018 til og med 28. november 2019. Vaktoversikt forelagt nemnda viser at A var satt opp på vakter tilsvarende 560,25 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.

Nemnda viser til at arbeidstaker har rett til stilling tilsvarende «faktisk arbeidstid». Beregningen skal derfor foretas på grunnlag av de timene arbeidstaker faktisk har arbeidet

utover avtalt arbeidstid. Planlagte merarbeidstimer hvor arbeidstaker har hatt ferie, vært syk eller har hatt permisjon med lønn tas derfor ikke med i beregningsgrunnlaget. Dette er også lagt til grunn i nemndas tidligere praksis, se vedtak TLN-2019-138, TLN-2019-88 og TLN-2018-62. I denne saken betyr det at 56,5 timer, som likevel ikke er arbeidet på grunn av egen og barns sykdom, skal trekkes fra beregningsgrunnlaget.

Videre er spørsmålet om de timene som A arbeidet i et sommervikariat sommeren 2019 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 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 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».

Nemnda har i tidligere praksis, eksempelvis TLN-2019-109, lagt til grunn at ferievikarvakter som inngikk i en forhåndsavtalt sommerturnus ikke anses som «arbeid utover avtalt arbeidstid». Nemnda viser til at arbeidstaker er enig i at sommerturnusen for sommeren 2019 var forhåndsavtalt merarbeid. Disse vaktene må derfor trekkes fra beregningsgrunnlaget. Dette utgjør 42 timer.

Nemnda må vurdere om de vaktene A har arbeidet som inngår i vernepleierstillinger, skal tas med i beregningsgrunnlaget. Arbeidstakeren har i beregningsperioden arbeidet 9 vakter tilhørende vernepleierstillinger.

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 helsefagarbeider som vikar for en vernepleier, uten at dette dermed er uttrykk for en tilfredsstillende kompetansesammensetning i et lengre tidsperspektiv. I tilfeller som her, der arbeidsgiver 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 og 110/18.

I den konkrete vurderingen har nemnda delt seg i ett flertall og et mindretall. Nemndas flertall, medlemmene Due og Stadheim Almestrand, har etter en konkret vurdering, kommet til at merarbeidet i vaktene tilhørende stillinger som krever annen formalkompetanse ikke er et uttrykk for arbeidsgivers stabile og varige behov for merarbeidet til en helsefagarbeider. Flertallet har lagt vekt på at det må være opp til arbeidsgiver å vurdere om det er faglig forsvarlig å tildele vakter til en helsefagarbeider som vikar for vernepleier i enkelttilfeller, uten at dette dermed er uttrykk for en tilfredsstillende kompetansesammensetning i et lengre tidsperspektiv. Det legges vekt på at arbeidstakeren har arbeidet 9 vakter tilhørende en vernepleierstilling i løpet av beregningsperioden. Videre har arbeidsgiver sannsynliggjort at de har gjennomført en nedbemanning av vernepleiere i virksomheten og at A gradvis har arbeidet færre vakter i takt med gjennomføringen av denne prosessen. Etter 18. august 2019 arbeidet hun ikke flere vakter som inngår i vernepleierstillinger i beregningsperioden. Merarbeidet i vakter tilhørende vernepleierstillinger skal derfor ikke inngå i beregningsgrunnlaget. Merarbeidet utgjør 63,5 timer.

Nemndas mindretall, Hassellund Solberg, har kommet til at arbeidsgiver ikke har sannsynliggjort at de i løpet av beregningsperioden har jobbet aktivt for å dekke behovet for å skaffe kvalifisert personell for å utføre merarbeidet i vakter tilhørende vernepleierstillinger. Etter en konkret vurdering har mindretallet derfor kommet til at den delen av merarbeidet som er utført i vakter tilhørende vernepleierstillinger skal inngå i beregningsgrunnlaget.

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

I flertallets vurdering av jevnlighetsvilkåret legges det til grunn at det gjenstår 398,25 timer som inngår i beregningsgrunnlaget etter at ovenstående merarbeid er trukket fra. Nemndas flertall har kommet til at merarbeidet er utført jevnlige og at A har rett til 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. Videre vektlegges at arbeidstaker har avviklet ferie på fire uker i perioden på 9 uker uten merarbeid. Det er ikke andre lengre opphold i merarbeidet i beregningsperioden. Flertallet finner derfor at merarbeidet har hatt et tilstrekkelig omfang, hyppighet og stabilitet i tolv månedersperioden.

I mindretallets vurdering av jevnlighetsvilkåret legges det til grunn at det gjenstår 461,75timer som inngår i beregningsgrunnlaget. Mindretallet har kommet frem til at merarbeidet er utført jevnlig og at A har rett til økt stilling. Merarbeidet i denne saken går etter mindretallets oppfatning utover det sporadiske.

En samlet nemnd vil til slutt vurdere om arbeidsgivers behov for merarbeid har bortfalt. I denne saken har arbeidsgiver hatt behov for å dekke opp både vakante vakter og andre ledige vakter som skyldes andre ansattes fravær. Da flertallet har kommet til at merarbeidet knyttet til vakter tilhørende vernepleierstillinger ikke skal inngå i beregningsgrunnlaget, kan dette merarbeidet heller ikke inngå i vurderingen av om behovet for merarbeidet har bortfalt. Når det for øvrig gjelder behovet for merarbeid utover dette, kan ikke nemnda se at arbeidsgiver har sannsynliggjort at behovet har bortfalt. Arbeidstaker har tvert imot sannsynliggjort at hun også etter utløpet av beregningsperioden ble satt opp på vakter utover avtalt arbeidstid, noe arbeidsgiver har bekreftet. Disse vaktene er stort sett vikarvakter i andre ansattes fravær, og inkluderer vakter både i hjelpepleier- og vernepleierstillinger. Vaktoversikten viser at hun ble satt opp på merarbeid cirka annenhver uke. Nemnda kan således ikke se at arbeidsgivers behov for merarbeid ikke lenger er til stede.

Nemnda har etter dette kommet til at A dermed har rett til en økning av sin stilling etter AML § 14-4 a. Ved fastsettelsen av ny stillingsprosent tar nemnda utgangspunkt i stillingsprosenten som 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 1846 timer. Med de fratrukk som er gjort for de vaktene som ikke skal inngå i beregningsgrunnlaget for ny stillingsprosent, tilsvarer dette en stillingsprosent på 23,87. Samlet utgjør dette en stillingsprosent på 64,01.

Konklusjon

Arbeidstaker har rett til økning av sin stilling med en stillingsprosent på 23,87.

Tvisteløsningsnemnda

Anne Marie Due
Leder

17. november 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).