



Tvisteløsningsnemnda

Vedtaksdato
27. september 2021

Vår referanse
2021/130

Saksbehandler
Maria Schilvold

VEDTAK NR 112/21 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Tvisteløsningsnemnda avholdt møte torsdag 23. september 2021.

Ved behandlingen av saken var Tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Steffen G. Rogstad, nestleder
Vetle Wetlesen Rasmussen, YS
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 assistent i stilling på 16 prosent i B kommune, for tiden med arbeidssted ved X sykehjem.

Den 2. mars 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 26. mai 2021. Avslaget ble begrunnet med at merarbeidet ikke var utført jevnlig, idet vakter arbeidet for sykepleiere og vakter arbeidet grunnet Covid-19-pandemien måtte holdes utenfor beregningsgrunnlaget.

Saken ble brakt inn for Tvisteløsningsnemnda ved e-post av 31. mai 2021. 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 31. mai 2021 med vedlegg
- e-post av 11. juni 2021 med vedlegg
- brev datert 30. juni 2021 med vedlegg
- brev datert 26. august 2021 med vedlegg

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev datert 16. juni 2021 med vedlegg
- e-post av 16. juni 2021 med vedlegg

Arbeidstakers anførsler

A gjør gjeldende at hun har rett til stilling tilsvarende faktisk arbeidstid de siste 12 måneder, og anfører i det vesentligste at alt merarbeid skal tas med i beregningen og dermed at merarbeidet er utført jevnlig.

A bestrider ikke at kommunen har hatt utfordringer med å rekruttere sykepleiere, men anfører at det ikke kan vises til store avvik som følge av at vaktene har vært dekket av annen kompetanse. Hun mener dette betyr at merarbeidsbehovet fint kan dekkes med annen arbeidskraft og at utførte vakter tilhørende sykepleierstillinger dermed skal inngå i beregningsgrunnlaget.

Arbeidsgivers anførsler

B kommune gjør gjeldende at A ikke har rett til stilling tilsvarende faktisk arbeidstid de siste 12 måneder. Kommunen anfører i det vesentligste at mye av merarbeidet skal tas ut av beregningsgrunnlaget og at merarbeidet dermed har vært sporadisk og ikke utført jevnlig.

B kommune mener for det første at vakter arbeidet for sykepleiere, tilsvarende 284 timer, skal tas ut av beregningsgrunnlaget. Kommunen viser til at det aktivt har vært forsøkt å rekruttere sykepleiere, men at det har vært få eller ingen kvalifiserte søkere.

Videre mener kommunen at vakter arbeidet i sommerturnus for 2020, tilsvarende 55,75 timer, skal tas ut av beregningsgrunnlaget, og viser til at dette var forhåndsavtalte vakter.

Til slutt mener kommunen at ekstravakter arbeidet på grunn av Covid-19-pandemien, tilsvarende 54,5 timer, skal tas ut av beregningsgrunnlaget, idet de mener pandemien utgjør en ekstraordinær situasjon og at behovet for merarbeid som har oppstått på grunn av pandemien ikke gir uttrykk for arbeidsgivers stabile behov for merarbeid. Kommunen viser i den forbindelse til Tvisteløsningsnemndas vedtak 07/21.

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 nestleder 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 2. mars 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 2. mars 2020 til og med 1. mars 2021. Vaktoversikt forelagt nemnda viser at A har arbeidet 658,35 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 og hvorvidt jevnlighetskravet er oppfylt.

Nemnda vil først ta stilling til hvilke vakter som skal inngå 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».

B kommune har anført at vakter A har arbeidet som inngår i sommerturnus for 2020 skal holdes utenfor beregningsgrunnlaget. Timelister nemnda har fått forelagt viser at dette utgjør 80,50 timer.

Nemnda har i sin tidligere praksis lagt til grunn at ferievikarvakter som inngikk i en forhåndsavklart sommerturnus ikke anses som «arbeid utover avtalt arbeidstid», se eksempelvis vedtakene 154/20 og 109/19.

Nemnda har også i foreliggende sak kommet til at vaktene som inngikk i sommerturnusen ikke anses som «arbeid utover avtalt arbeidstid». Nemnda legger i vurderingen vekt på at arbeidsgiver har fremlagt oversikt over As vakter i sommerturnus for 2020 og at arbeidstaker ikke har bestridt at denne er reell. Nemnda har dermed kommet til at de 80,50 timene må holdes utenfor beregningsgrunnlaget.

B kommune har videre anført at vakter A har arbeidet som hører til sykepleierstillinger må holdes utenfor beregningsgrunnlaget. Disse vaktene utgjør til sammen 284 timer.

Nemnda bemerker i den anledning 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 assistent som vikar for sykepleier uten at dette dermed er uttrykk for en tilfredsstillende kompetansesammensetning i et lengre tidsperspektiv.

I tilfeller som her, der arbeidsgiver 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 nemndas vedtak 23/19 og 146/19.

B kommune har i denne saken redegjort for at det i beregningsperioden til sammen har vært utlyst 39 sykepleierstillinger ved X sykehjem og Ressursenheten, og at det kun er foretatt ansettelser i 14 av disse. Arbeidstakers tillitsvalgt i Fagforbundet B har bekreftet at kommunen har utfordringer med å rekruttere sykepleiere, men har samtidig anført at det ikke kan vises til store avvik som følge av at vaktene har vært dekket av annen kompetanse, og mener det betyr at merarbeidsbehovet fint kan dekkes med annen arbeidskraft.

Nemnda har etter en konkret vurdering kommet til at de 284 timene av As merarbeid som er utført i vakter tilhørende sykepleierstillinger tas ut av beregningsgrunnlaget. Nemnda har i vurderingen lagt vekt på at kommunen aktivt har forsøkt å rekruttere sykepleiere til X sykehjem og Ressursenheten, og mener dermed det er sannsynliggjort at merarbeidet utført i vakter tilhørende sykepleierstillinger ikke er et uttrykk for kommunens stabile og varige behov for merarbeidet til en assistent.

B kommune har også anført at den delen av As merarbeid som er utført på grunn av ulike ekstrabehov som har oppstått i forbindelse med Covid-19-pandemien må tas ut av beregningsgrunnlaget. Kommunen har vist til at Covid-19-pandemien er en ekstraordinær situasjon og at behovet for merarbeid som har oppstått på grunn av pandemien ikke gir uttrykk for arbeidsgivers stabile behov for merarbeid.

Vaktoversikt forelagt nemnda viser at A har arbeidet 54,5 timer ekstra på grunn av ulike behov som har oppstått i forbindelse med Covid-19-pandemien. Av disse timene tilhørte 7,5 timer en sykepleierstilling. Da nemnda allerede har regnet med disse 7,5 timene i vurderingen av sykepleiervakter ovenfor, trekkes disse fra i vurderingen her, slik at 47 timer merarbeid utført på grunn av ulike ekstrabehov som har oppstått i forbindelse med Covid-19-pandemien inngår i beregningsgrunnlaget.

Nemnda har kommet til at disse vaktene skal inngå i beregningsgrunnlaget, idet det ikke er sannsynliggjort at dette merarbeidet var forhåndsavtalt mellom partene. Det må dermed anses å være «arbeid utover avtalt arbeidstid».

Nemnda finner i denne sammenheng grunn til å bemerke at arbeidsgivers nåværende eller fremtidige behov for merarbeid i utgangspunktet ikke hører hjemme under vurderingen av hva som skal med i beregningsgrunnlaget, men at det foretas en egen vurdering av arbeidsgivers behov for merarbeid etter at nemnda eventuelt finner at arbeidstakers merarbeid i beregningsperioden har vært utført jevnlig. Nemnda vil derfor ta stilling til arbeidsgivers påstand dersom merarbeidet anses å være utført jevnlig.

Etter dette fremkommer at de 284 timene av As merarbeid som er utført i vakter tilhørende sykepleierstillinger og de 80,50 timene av As merarbeid som er utført i en forhåndsavtalt sommerturnus skal tas ut av beregningsgrunnlaget, mens vakter utført på grunn av ulike ekstrabehov som har oppstått i forbindelse med Covid-19-pandemien skal tas med i beregningsgrunnlaget. Dette betyr at 293,85 timer inngår i beregningen.

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

Nemnda har i vurderingen av hvorvidt merarbeidet har vært utført jevnlig delt seg i et flertall og et mindretall.

Slik nemndas flertall, medlemmene Rogstad og Pedersen, forstår kravet til jevnlighet kan ikke A ha krav på økt stilling. Flertallet viser til at A har flere opphold i merarbeidet, herunder et opphold på syv uker. Merarbeidet har dermed ikke hatt tilstrekkelig omfang, hyppighet og stabilitet i tolv månedersperioden. Nemndas flertall har etter dette kommet til at A ikke fyller kravene i § 14-4 a, og derfor ikke kan få medhold.

Nemndas mindretall, medlemmet Rasmussen, har kommet til at merarbeidet er utført jevnlig. Merarbeidet i denne saken går etter mindretallets oppfatning utover det sporadiske. Selv om det har vært visse svingninger i intensiteten i beregningsperioden, har merarbeidet vært tilstrekkelig jevnt fordelt utover året. Mindretallet mener det må tas i betraktning at A på grunn av sommerturnus og vakter gått for sykepleiere har hatt begrensede muligheter til å påta seg mer ekstraarbeid, og finner på denne bakgrunn at merarbeidet har hatt tilstrekkelig omfang, hyppighet og stabilitet i tolv månedersperioden. Slik mindretallet ser det, fremstår merarbeidet dermed etter en helhetsvurdering som en etablert praksis som oppfyller lovens krav. Da flertallet har kommet til motsatt konklusjon, er det imidlertid ikke nødvendig for mindretallet å ta stilling til hvorvidt behovet for merarbeid fremdeles foreligger.

Konklusjon

Arbeidstaker gis ikke medhold.

Tvisteløsningsnemnda

Steffen G. Rogstad
Nestleder

27. september 2021

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.