



Tvisteløsningsnemnda

Vedtaksdato
29. oktober 2021

Vår referanse
2021/81

Saksbehandler
Ingunn Solberg

VEDTAK NR 132/21 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Tvisteløsningsnemnda avholdt møte torsdag 28. oktober 2020.

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 kommune

Det ble truffet slikt vedtak:

Saksforhold

A er fast ansatt som helsefagarbeider i stilling på 64 prosent i B kommune, men arbeidsted ved X. Kommunen opplyser at A også blir timelønnet for arbeid i hjemmesykepleien og B bo- og omsorgssenter.

B kommune har opplyst at de gjennomgikk en nedbemanningsprosess i 2020 fordi de vurderte at det var for mange helsefagarbeidere og for lite sykepleiere i kommunen. A ble oppsagt i 20 prosent stilling i forbindelse med dette. Kommunen og A er i en pågående rettstvist om oppsigelsen, og A står i sin opprinnelige stilling frem til endelig avgjørelse.

Den 10. februar 2021 fremsatte A krav om stillingsutvidelse på 12 prosent på grunnlag av utført merarbeid de siste 12 måneder, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Kravet ble avslått av kommunen i brev datert 18. februar 2021. Avslaget ble begrunnet med det ikke er behov for As merarbeid fordi det var innført årsturnus, og at det resterende behovet for merarbeid er knyttet til ferieavvikling og uforutsigbarhet.

Saken ble brakt inn for Tvisteløsningsnemnda ved e-post av 23. februar 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 23. februar 2020
- brev datert 22. april 2021
- brev datert 1. juni 2021
- brev datert 9. juni 2021
- brev datert 14. juni 2021
- brev datert 15. september 2021
- brev datert 20. september 2021
- brev datert 5. oktober 2021

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev datert 1. juli 2021
- brev datert 31. august 2021
- brev datert 21. september 2021
- brev datert 5. oktober 2021

Arbeidstakers anførsler

A mener at hun har rett til stilling tilsvarende faktisk arbeidstid og anfører i det vesentligste at timer hun har fått utbetalt utgjør hennes merarbeid.

A anfører at vakter hun har arbeidet for sykepleiere skal telles med i beregningsgrunnlaget, og at hun ikke vet hvem hun tar vakter for når hun takker ja til en ekstravakt. Hun er funnet god nok til å jobbe alle typer vakter. A anfører også at kommunen har utlyst

sykepleiestillinger i beregningsperioden, og at kommunen sliter med å rekruttere sykepleiere.

A mener at kravet om at merarbeidet må være utført jevnlig må ses i sammenheng med at hun har en høy stillingsprosent, og jobber lange vakter.

A anfører at hun også etter beregningsperioden har utført mye merarbeid, og at sykepleieren som er tilbake i arbeid, er sykmeldt og skal ut i fødselspermisjon. Behovet for merarbeid foreligger dermed fremdeles.

Arbeidsgivers anførsler

B kommune mener at A ikke har rett til stilling tilsvarende faktisk arbeidstid, og anfører i det vesentlige at merarbeidet ikke er utført jevnlig og at behovet for merarbeidet er bortfalt.

Kommunen anfører at vakter A har utført for sykepleier ikke skal med i beregningsgrunnlaget. På bakgrunn av oppfordring fra de tillitsvalgte har arbeidsgiver valgt å redusere bemanningsplanen midlertidig for sykepleiestillinger og ikke besette flere sykepleiere enn helt nødvendige, slik at de begrenser oppsigelsene av helsefagarbeidere i nedbemanningsprosessen. Kommunen har hatt behov for at A har jobbet enkelte sykepleiervakter fordi de ikke har mulighet for å ansette sykepleiere enda. Kommunen opplyser at de har kunngjort en hel sykepleiestilling på institusjon med søknadsfrist 13.11.2020, og at det ble ansatt to sykepleiere i stillingen.

Kommunen anfører også at vakter A har vært sykmeldt fra, og timer som er rene økonomiske kompensasjoner skal ut av beregningsgrunnlaget.

Kommunen anfører videre at uavhengig av hvorvidt de overnevnte vaktene skal inngå i beregningsgrunnlaget eller ikke, så er ikke merarbeidet utført jevnlig.

Kommunen anfører også at merarbeidet er bortfalt fordi det ble innført årsturnus 11. januar 2021 på B bo- og omsorgssenter og hjemmesykepleien, og at det da ikke blir noen vakante vakter for helsefagarbeiderne. Kommunen opplyser at to arbeidstakere er tilbake i jobb etter foreldrepermisjon.

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.

A fremsatte sitt krav for B kommune 10. februar 2020. 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 10. februar 2020 til og med 9. februar 2021. Vaktoversikt forelagt nemnda viser at A har arbeidet 289 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. I den anledning viser nemnda 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».

B kommune har anført at en vakt som A var satt opp på, men ikke utførte på grunn av sykefravær ikke skal tas med i beregningsgrunnlaget.

Nemnda har kommet til at vekten ikke skal inngå i beregningsgrunnlaget. Nemnda viser til at arbeidstaker har rett til stilling tilsvarende «faktisk arbeidstid». Beregningen skal derfor foretas på grunnlag av de timer arbeidstaker faktisk har arbeidet utover avtalt arbeidstid. Planlagte merarbeidstimer hvor arbeidstaker har hatt ferie, vært syk eller hatt permisjon med lønn holdes derfor utenfor beregningsgrunnlaget. Dette er også lagt til grunn i nemndas tidligere praksis, se for eksempel vedtak 154/20, 140/20, 131/20, 138/19, 88/19 og 62/18.

Vakt tilsvarende 7 timer tas dermed ut av beregningsgrunnlaget.

B kommune anfører også at 6 vakter ikke er merarbeid, men rene økonomiske kompensasjoner.

På bakgrunn av mottatt timeliste legger nemnda til grunn at vaktene er forskjøvet arbeidstid eller rene helligdagstillegg til faste vakter, og dermed ikke er merarbeid. Vakter tilsvarende 49 timer tas dermed ut av beregningsgrunnlaget.

B kommune anfører videre at vakter A har arbeidet for sykepleier ikke skal med i beregningsgrunnlaget, og at det er 6 vakter som skal ut av beregningsgrunnlaget. Nemnda legger til grunn at kommunen har dokumentert at vaktene er tatt for sykepleier.

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 sykepleier, 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, 110/18 og nemndas enstemmige vedtak 23/19.

I denne saken har nemnda etter en konkret vurdering kommet til at merarbeidet i sykepleiervaktene ikke er et uttrykk for kommunens stabile og varige behov for merarbeidet til en helsefagarbeider. Nemnda legger vekt på at det må være opp til kommunen å vurdere om det er faglig forsvarlig å tildele vakter til en helsefagarbeider som vikar for sykepleier i enkelttilfeller, uten at dette dermed er uttrykk for en tilfredsstillende kompetansesammensetning. Nemnda legger videre vekt på kommunens opplysninger om at nedbemanningsprosessen hadde som formål å redusere antall helsefagarbeidere og øke antall sykepleiere, og at de avventer ansettelse av sykepleiere utover det helt nødvendige til pågående rettstvister er avgjort. Kommunen har også opplyst at de har ansatt sykepleiere i beregningsperioden.

Nemnda har etter dette kommet til at vakter tilhørende sykepleiestillinger ikke skal inngå i beregningsgrunnlaget. Vakter tilsvarende 50 timer og 45 minutter tas dermed ut av beregningsgrunnlaget.

Når det ovennevnte merarbeidet er trukket fra gjenstår det et merarbeid tilsvarende 182 timer og 15 minutter 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 skjønsmessig 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.

I vurderingen av om merarbeidet er utført jevnlig, har nemnda delt seg i et flertall og et mindretall.

Nemndas flertall, medlemmene Due og Almestrand, forstår kravet til jevnlighet slik at A ikke har krav på økt stilling. Flertallet viser til at det er flere opphold i merarbeidet, og at det varierer i intensitet. 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 har rett til høyere stillingsprosent.

Nemndas mindretall, medlemmet Rasmussen, har kommet til at merarbeidet er utført jevnlig og at A må ha krav på økt stilling. Merarbeidet i denne saken går etter mindretallets oppfatning utover det sporadiske. Selv om det har vært visse svingninger i intensiteten i beregningsperioden, har ekstraarbeidet vært tilstrekkelig jevnt fordelt utover året. Mindretallet finner at ekstraarbeidet har hatt tilstrekkelig omfang, hyppighet og stabilitet i tolv månedersperioden. Merarbeidet fremstår dermed etter en helhetsvurdering som en etablert praksis som oppfylder lovens krav.

På grunn av nemndas konklusjon i jevnlighetsspørsmålet er det ikke nødvendig å gå inn på spørsmålet om bortfalt behov.

Konklusjon

A gis ikke medhold.

Tvisteløsningsnemnda

Anne Marie Due
Leder

29. oktober 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.