



Tvisteløsningsnemnda

Vedtaksdato
13.03.2019

Vår referanse
2018/33362

Saksbehandler
Mads Backer-Owe

VEDTAK NR 23/19 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Tvisteløsningsnemnda avholdt møte torsdag 14. februar 2019

Ved behandlingen av saken var tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Steffen G. Rogstad, nestleder
Silje Stadheim Almestrand, NHO
Silje Hassellund Solberg, LO

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 hjelpepleier i stilling på 69,84 prosent i B kommune.

Den 17. april 2017 fremsatte A krav om stillingsutvidelse på grunnlag av utført merarbeid de siste 12 måneder, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Først den 12. juni 2018 (sic) ble det avholdt drøftingsmøte og skrevet uenighetsprotokoll. Av protokollen fremkommer det at partene var enige om at merarbeid A hadde utført i vakter for helsefagarbeider skulle inngå i beregningsgrunnlaget etter arbeidsmiljøloven § 14-4 a. Arbeidsgiver avsto imidlertid at A krav om at også merarbeid utført i vakter for sykepleiere skulle inngå i beregningsgrunnlaget.

Saken ble brakt inn for Tvisteløsningsnemnda ved brev datert 2. juli 2018, poststempelt 5. juli 2018. Overfor nemnda har begge parter fått anledning til å komme med utfyllende merknader i saken.

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidstaker:

- brev datert 2. juli 2018
- brev datert 12. september 2018
- e-post av 19. oktober 2018

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev datert 21. august 2018
- brev datert 22. november 2018
- e-post av 5. februar 2018

Arbeidstakers anførsler

A anfører i det vesentligste:

Hun har rett til stilling tilsvarende faktisk arbeidstid. Merarbeidet som er utført i vakter for sykepleiere skal også inngå i beregningen. I disse vaktene har hun utført akkurat de samme arbeidsoppgavene som i sine ordinære vakter som hjelpepleier.

Arbeidsgivers anførsler

B kommune anfører i det vesentligste:

A har rett til utvidet stilling tilsvarende den delen av det utførte merarbeidet som hun er kvalifisert for. Som hjelpepleier er hun imidlertid ikke kvalifisert for den delen av merarbeidet som er utført i vakter tilhørende sykepleierstillinger, og dette skal derfor ikke inngå i beregningsgrunnlaget.

I de tilfeller hvor arbeidstaker har jobbet sykepleiervakter har det vært mulig å omdisponere

oppgavene for disse vaktene, slik at arbeidstaker kun har utført de oppgaver som hun er kvalifisert til. Det er ikke en ønsket situasjon for virksomheten å omgjøre deler av sykepleierstillinger til fast helsefagarbeiderstilling, da rekruttering av sykepleiere i utgangspunktet kan være vanskelig og virksomheten trenger sykepleierkompetanse.

Ledige sykepleiervakter i den aktuelle perioden skyldtes hovedsakelig langtids sykefravær. Behovet for merarbeid i disse sykepleiervaktene er nå bortfalt. Det vises til at en langtidssykemeldt sykepleier kom tilbake i 100 prosent stilling fra 1. september 2016. Videre ble det ansatt en sykepleier i et vikariat på 90 prosent stilling fra ultimo desember 2017 samt at en annen sykepleier har fått økt sin stilling fra 80 prosent til 100 fast stilling fra medio april 2018.

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 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. Tolvmånedersperioden skal beregnes med utgangspunkt i det tidspunkt arbeidstaker fremmet sitt krav.

Arbeidstaker fremsatte sitt krav for arbeidsgiver 17. april 2017. 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 17. april 2016 til og med 16. april 2017. Vaktoversikt forelagt nemnda viser at Iversen har arbeidet 200,5 timer utover avtalt arbeidstid i denne perioden. Full stilling utgjør 1846 timer per år.

Uenigheten mellom partene i denne saken omhandler hvilke vakter som skal inngå i beregningsgrunnlaget etter arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Arbeidsgiver har dokumentert at 105,5 timer av A merarbeid har vært i vakter som er tillagt stillinger for sykepleiere, og har anført at disse timene ikke skal inngå i beregningsgrunnlaget.

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 leie inn en assistent som vikar for sykepleiere, uten at dette dermed er utrykk for en tilfredsstillende kompetansesammensetning i et lengre tidsperspektiv.

I tilfeller som her, der arbeidsgiver jevnlig over en lengre periode lar en arbeidstaker 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 behovet for kvalifisert arbeidskraft for det aktuelle merarbeidet.

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](#).

Arbeidsgiver har i denne saken redegjort for at man i beregningsperioden ikke har hatt vakante sykepleiervakter, men at behovet for merarbeidet som er utført i vakter for sykepleiere skyldes ordinært fravær samt enkelte langtidssykemeldte sykepleiere ved enheten.

Slik saken er opplyst kan nemnda ikke se at kommunen i løpet av beregningsperioden har jobbet aktivt for å dekke behovet for sykepleierbemanning, for eksempel ved utlysning av vikariater mv. Etter en konkret vurdering har nemnda derfor kommet til at også den delen av merarbeidet som er utført i vakter tilhørende sykepleierstillinger skal inngå i beregningsgrunnlaget.

Nemnda går så over til vurderingen av om jevnlighetsvilkåret i arbeidsmiljøloven § 14-4 a er oppfylt. Ettersom nemnda har kommet til at også merarbeidet som er utført sykepleiervakter skal inngå i beregningsgrunnlaget, blir utgangspunktet for jevnlighetsvurderingen at A har utført merarbeid tilsvarende 200,5 timer i beregningsperioden.

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.

Etter nemndas forståelse av kravet til jevnlighet kan A ha krav på økt stilling. Nemnda viser til at merarbeidet er nokså uregelmessig fordelt i beregningsperioden, og at det har vært flere lengre opphold uten merarbeid. Eksempelvis har det i beregningsperioden vært en rekke opphold på mellom fem og syv uker mellom hver ekstravakt, mens det i andre perioder er utført flere merarbeidsvakter på en uke. Samlet sett har merarbeidet etter nemndas oppfatning dermed ikke hatt tilstrekkelig omfang, hyppighet og stabilitet i den aktuelle tolv månedersperioden. Nemnda har etter dette kommet til at A ikke fyller kravene i § 14-4 a, og derfor ikke kan få medhold.

Konklusjon

Arbeidstaker gis ikke medhold

Tvisteløsningsnemnda

Steffen G. Rogstad
nestleder

13.03.2019

Til orientering:

Tvister som nevnt i §§ 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 regnet fra det tidspunkt tvisteløsningsnemndas avgjørelse foreligger, jf. arbeidsmiljøloven § 17-2 (3).