



Tvisteløsningsnemnda

Vedtaksdato
18.03.2019

Vår referanse
2018/34021

Saksbehandler
Mahreen Shaffi

VEDTAK NR 28/19 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Tvisteløsningsnemnda avholdt møte torsdag 14. mars 2019.

Ved behandlingen av saken var tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Anne Marie Due, leder
Silje Hassellund Solberg, LO
Per H. Engeland, Virke

Saken gjelder

Tvist om rett til stilling for deltidsansatt 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 20,19 prosent stilling i B kommune.

Den 3. april 2018 fremsatte hun 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 11. juni 2018. Avslaget ble begrunnet med at hun har utført merarbeid i knyttet til stillinger hun ikke er kvalifisert for.

Timeoversikt forelagt nemnda viser at B har arbeidet 1227,25 timer utover avtalt arbeidstid i perioden fra og med 3. april 2017 til og med 2. april 2018. Full stilling utgjør 1846 timer per år.

Saken ble brakt inn for Tvisteløsningsnemnda ved brev datert 6. 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 6. juli 2018
- brev datert 15. august 2018
- brev datert 28. september 2018

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev datert 14. september 2018
- brev datert 23. januar 2019
- e-post av 5. mars 2019

Arbeidstakers anførsler

A anfører i det vesentligste:

Merarbeidet hun har utført viser et stabilt behov som gir henne rett til utvidet stilling tilsvarende faktisk arbeidstid, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a. Det har vært et stort behov for vikarer ved enheten arbeidstaker jobber ved. Det må antas at arbeidsgiver anser henne som kompetent til å levere forsvarlige helsetjenester som vikar når hun er blitt brukt i så stor grad.

Arbeidsgivers anførsler

B kommune anfører i det vesentligste:

Arbeidstaker kan ikke få medhold da hun har utført merarbeid i vakter hun ikke er kvalifisert for. Vaktene er i utgangspunktet dekket av arbeidstakere som er kvalifisert. Ved sykdom, ferie, permisjoner eller annet av kortere varighet, kan det være vanskelig å skaffe kvalifisert

arbeidskraft. Vikarer utfører da arbeid etter arbeidslister, men arbeider ikke med rutinebeskrivelser eller tar primær/sekundærkontakt oppdrag. Dette er driftsmessig forsvarlig så lenge det finnes kompetanse i avdelingen/basen til å ivareta de oppgaver en ufaglært ikke kan utføre.

Ved manglende formalkompetanse tilrettelegges arbeidsoppgavene ut ifra vikarens kompetanse.

Videre er behovet for merarbeid bortfalt da det i hovedsak var knyttet til sykefravær og permisjoner. Ved økt tilstedeværelse av fast ansatte, samt avsluttede permisjoner bortfaller behovet.

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 3. april 2018. 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 3. april 2017 til og med 2. april 2018. Timeoversikt forelagt nemnda viser at A har arbeidet 1227,25 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 tas med i beregningsgrunnlaget.

Arbeidsgiver har dokumentert at 1002,25 timer av arbeidstakers merarbeid har vært i vakter som er tillagt stillinger arbeidstaker ikke er kvalifisert for. Arbeidsgiver anfører at dette merarbeidet ikke skal inngå i beregningsgrunnlaget, fordi det ikke er uttrykk for arbeidsgivers stabile og varige behov for en assistents merarbeid.

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 fagarbeidere/terapeuter, 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 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](#).

Slik saken er opplyst kan nemnda ikke se at kommunen i løpet av beregningsperioden har jobbet aktivt for å dekke opp behovet for kvalifisert personell, 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 stillinger arbeidstaker ikke er kvalifisert for skal inngå i beregningsgrunnlaget.

Nemnda vil dermed vurdere om merarbeidet er utført jevnlig.

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 kommet til at merarbeidet er utført jevnlig og at A må ha krav på økt stilling. Merarbeidet i denne saken går etter nemndas oppfatning utover det sporadiske. Nemnda viser til at ekstraarbeidet har vært tilstrekkelig jevnt fordelt utover året. Arbeidstaker har hatt ekstravakter hver måned, og kun et 6 ukers opphold, hvorav 4 uker er ferieavvikling. Nemnda finner at ekstraarbeidet har hatt tilstrekkelig omfang, hyppighet og stabilitet i tolv månedersperioden. Merarbeidet fremstår dermed etter en helhetsvurdering som en etablert praksis som oppfyller lovens krav.

Arbeidsgiver har videre anført at behovet for merarbeid har vært tilknyttet sykefravær og permisjoner, og er bortfalt.

Hva som skal til for at behovet for merarbeid ikke lenger anses å foreligge, er ikke nærmere definert i loven. I bestemmelsens forarbeider, Prop. 83 L (2012-2013) punkt 4.4.4.5, uttaler departementet blant annet at:

«Det kan og tenkes at virksomheten kan begrunne et mindre behov for merarbeid framover med at det i mellomtiden har vært nødvendig med nedbemanning, eventuelt at nedbemanning eller permitteringer er sannsynlig i nær fremtid. (...) Departementet finner det ikke hensiktsmessig å fastsette konkrete krav til hvilken dokumentasjon som arbeidsgiver må legge fram. Arbeidsgiver vil i praksis måtte fremlegge informasjon som gjør det mulig for arbeidstaker og eventuelt Tvisteløsningsnemnda å etterprøve. Det avgjørende vil være hvorvidt og i hvilken grad arbeidsgiver kan sannsynliggjøre at virksomheten ikke lenger har behov for merarbeidet i tiden framover.»

Slik denne saken er opplyst har nemnda kommet til at arbeidsgiver ikke i tilstrekkelig grad har sannsynliggjort at behovet for merarbeid var bortfalt eller kom til å falle bort i nær fremtid. Det er ikke lagt ved konkret dokumentasjon som viser at behovet for merarbeid er bortfalt.

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 1227,25 timer utover avtalt arbeidstid i beregningsperioden, noe som tilsvarer en stillingsprosent på 73,55. Samlet utgjør dette en stillingsprosent på 93,74.

Konklusjon

Arbeidstaker har rett til økning av sin stilling med en stillingsprosent på 73,55.

Tvisteløsningsnemnda

Anne Marie Due
leder

18.03.2019

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).