



Vedtaksdato
22.03.2019

Vår referanse
2018/37427

Saksbehandler
Mona Ekelund

VEDTAK NR 32/19 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Tvisteløsningsnemnda avholdt møte torsdag 14. februar 2019

Ved behandlingen av saken var tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Steffen G. Rogstad, nestleder
Silje 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 assistent i nattevaktstilling på 73 prosent i B kommune, virksomhet Friskliv og mestring, avdeling psykisk helse og rusmestring, med tjenestested X bofellesskap.

Fram til årsskiftet 2017/2018 var hun også ansatt i avdelingen Bo og aktivitet, med tjenestested C, som da ble avviklet. Hun har i tillegg vært ansatt som tilkallingsvikar i X og ved C og ved Y.

A avviklet ferie 3. juli - 16. juli og var sykemeldt 17. juli - 31. august 2017. Hun er under utdanning og skal ta fagbrev som helsefagarbeider.

Arbeidsgiver økte den 21. januar 2019 hennes faste stilling fra 62,44 prosent grunnet vakanse i ny turnus i X.

Den 31. mars 2018 fremsatte A krav om stillingsutvidelse på grunnlag av utført merarbeid de siste 12 måneder, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Arbeidsgiver avsto kravet i brev datert 27. juli 2018. Avslaget ble begrunnet med at merarbeidet skyldtes unormalt høyt sykefravær og vakante stillinger. Arbeidsgiver viste videre til at det var flere opphold i merarbeidet med fire til fem ukers varighet. Arbeidsgiver viste til at behovet for merarbeidet var bortfalt på grunn av omorganisering. Botiltaket i C ble avviklet i årsskiftet 2017/2018 og det er ikke lenger stedlig bemanning på natt/helg i Y. De fire beboerne i C ble overført henholdsvis til X, andre typer mobile oppfølgingstjenester og til private helseforetak. Ansatte ble overført til X. Personalet fra Y ble overført til andre botiltak hvor det var vakanse i helg-/nattetillinger.

Saken ble brakt inn for Tvisteløsningsnemnda ved e-post av 20. august 2018.

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 20. august 2018 med vedlegg
- e-post av 26. januar 2019 med vedlegg

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev datert 3. september 2018 med vedlegg
- brev datert 24. januar 2019

Arbeidstakers anførsler

A anfører i det vesentligste:

Hun har krav på økning av sin faste stilling tilsvarende faktisk merarbeid på 938,25 timer. Også vakter tilhørende stillinger med krav om høyere formalkompetanse skal tas med i beregningsgrunnlaget.

Arbeidsgivers anførsler

B kommune anfører i det vesentligste:

Merarbeid utført i vakter tilhørende stillinger med krav om høyskoleutdanning skal ikke inngå i beregningsgrunnlaget fordi disse krever en annen formalkompetanse enn A innehar. Beboermassen har et komplekst tjenestebehov som gjør at arbeidsgiver har et annet kompetansebehov på dag- og kveldsvakter enn på nattevakter. Ansatte i rene nattevaktstillinger har et mer begrenset ansvarsområde og er ikke tillagt verken primærkontaktansvar, ansvar for planarbeid eller systematisk samhandling med samarbeidspartnere.

A har blitt benyttet i vaktene på grunn av unormalt høyt sykefravær og i påvente av at stillingene ble besatt. Kommunen har i beregningsperioden utlyst flere stillinger med krav om høyskoleutdanning. Det har i hele 2018 har vært fokus på å styrke den samlede fagkompetansen i virksomheten gjennom utlysninger av stillinger med krav om høyskolekompetanse.

Dersom nemnda kommer til at merarbeid utført i stillinger med krav om høyskoleutdanning skal tas med, anføres det at behovet for A merarbeid i disse vaktene er bortfalt ettersom C veien er avviklet, at det ikke lenger er helgebemanning ved Y og at de fleste vakante stillinger ved X er besatt med kvalifisert personale. Det anføres også at behovet er bortfalt for nattevakter ved Y.

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 31. mars 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 31. mars 2017 til og med 30. mars 2018. Dokumentasjonen som er forelagt nemnda viser at A har arbeidet 748,6 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, om jevnlighetskravet er oppfylt, samt hvorvidt behovet for A sitt merarbeid er bortfalt som følge av omorganisering og rekruttering av kvalifisert personell.

Nemnda vil først ta stilling til hvilke vakter som skal tas med i beregningsgrunnlaget.

B kommune har redegjort for at 538,6 timer av A sitt merarbeid har vært i vakter i stillinger som krever høyskoleutdanning og anført at disse timene ikke skal inngå i jevnlighetsvurderingen etter § 14-4 a. Dette gjelder alle vakter hun har gått dag og kveld ved de tre botiltakene.

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 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 vedkommende arbeidskraft. Dette er i tråd med nemndas senere praksis, se blant annet flertallets votum i vedtak [33/18](#) og [110/18](#).

I herværende sak har nemndas flertall, medlemmene Rogstad og Almestrand, kommet til at merarbeidet tilhørende stillinger med krav om høyskoleutdanning ikke er et uttrykk for arbeidsgivers stabile og varige behov for merarbeidet til en assistent. Flertallet legger i denne vurderingen særlig vekt på at arbeidsgiver har dokumentert at de har behov for annen kompetanse enn det A innehar i stillinger som omfatter dag- og kveldsvakter.

Flertallet har i vurderingen lagt til grunn at det i beregningsperioden var vanskelig å rekruttere kvalifisert personell. Slik saken er opplyst finner flertallet det dokumentert at arbeidsgiver har utlyst to faste stillinger og to svangerskapsvikariater med krav om miljøterapeututdanning ved avdelingen Psykisk helse og mestring, og legger i vurderingen vekt på at arbeidsgiver dermed aktivt har forsøkt å dekke det aktuelle vaktene med kvalifisert arbeidskraft.

Nemndas mindretall, medlemmet Hassellund Solberg, er kommet til at merarbeidet i de omtalte vaktene er et uttrykk for arbeidsgivers stabile og varige behov for dette merarbeidet. Selv om arbeidsgiver har foretatt en del utlysninger, og også foretatt ansettelser, er det fortsatt et udekket behov for merarbeid. Når det er tilfellet, er mindretallet av den oppfatning at vaktene må inngå i vurderingen av om merarbeidet er jevnlig.

Siden nemndas flertall er av en annen oppfatning, går nemnda over til vurderingen av om merarbeidet som er utført i vaktene som arbeidstaker er kvalifisert for, er jevnlig utført i beregningsperioden. Når det ovennevnte merarbeidet er trukket fra i samsvar med flertallets konklusjon, gjenstår det et merarbeid tilsvarende 206 timer utført som nattevakter i beregningsperioden.

Inngangskriteriet 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.

Etter nemndas forståelse av kravet om at merarbeidet skal ha vært jevnlig utført kan ikke A ha krav på økt stilling. Det fremgår av sakens dokumenter at det i to perioder på henholdsvis fire og 13 uker ikke er utført noe merarbeid. Merarbeidet har dermed ikke hatt tilstrekkelig omfang, hyppighet og stabilitet i 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

22.03.2019

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).