



Tvisteløsningsnemnda

Vedtaksdato
22.03.2019

Vår referanse
2018/34920

Saksbehandler
Mona Ekelund

VEDTAK NR 33/19 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 hjelpepleier i helgestilling på 20,31 prosent i A kommune, med tjenestested X sykehjem. I tillegg hadde hun en midlertidig arbeidsavtale som ferievikar i perioden 19. juni – 13. august 2017.

Den 10. april 2018 fremsatte A krav om stillingsutvidelse på grunnlag av utført merarbeid de siste 12 måneder, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

I brev datert 8. juni 2018 imøtekom arbeidsgiver deler av kravet ved å tilby stillingsutvidelse med 33,91 prosent. Tilbudet ble overlevert arbeidstaker i møte 14. juni 2018. Arbeidsgiver hadde gjort fratrukk for vakter A hadde gått i stillinger for sykepleiere og vakter i sommerferieturnus. Hele den nye stillingen ble tilbudt ved Y. Ressursenheten består av 75 årsverk fordelt på sykepleier, fagarbeidere og assistenter. A avslo tilbudet ved å ikke akseptere innen fristen.

Saken ble brakt inn for Tvisteløsningsnemnda ved e-post av 9. juli 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 9. juli 2018 med vedlegg
- e-post av 4. september 2018 med vedlegg

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev datert 20. august 2018 med vedlegg
- brev datert 17. september 2018
- brev datert 28. september 2018 med vedlegg
- e-post av 5. februar 2019 med vedlegg

Arbeidstakers anførsler

A anfører i det vesentligste:

Hun har rett til fast stilling tilsvarende faktisk arbeidstid i beregningsperioden. Alt merarbeid skal tas med i beregningsgrunnlaget. Hun er innforstått med at deler av utvidet stilling blir lagt til tjenestestedet der merarbeidet ble utført, men arbeidsgiver kan ikke sette som betingelse at hun må gå fra sin faste helgestilling ved X sykehjem.

Arbeidsgivers anførsler

B kommune anfører i det vesentligste:

Arbeidstaker har rett til utvidelse av stilling tilsvarende merarbeidet i beregningsperioden med fratrukk av vakter hun ikke er kvalifisert for og vakter i avtalt sommerferieturnus. Behovet for merarbeidet i sykepleiervakter er ikke lenger tilstede ettersom sykepleierbemanningen ved Y er økt fra to til elleve årsverk siden høsten 2017. Innen 1. mars

2019 vil den ha fjorten årsverk sykepleiere. Det er innenfor arbeidsgivers styringsrett å tilby ny stilling ved et annet tjenestested enn der arbeidstaker har sin faste stilling.

Tvistløsningsnemndas 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 10. 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 10. april 2017 til og med 9. april 2018. Dokumentasjonen som er forelagt nemnda viser at A har arbeidet 792,2 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, hvorvidt behovet for deler av A sitt merarbeid er bortfalt som følge av at arbeidsgiver har økt sykepleierbemanningen, samt om arbeidsgiver kan tilby hele den eventuelle utvidete stillingen et annet sted enn ved sykehjemmet der hun har sin faste stilling.

Nemnda vil først ta stilling til hvilke vakter som skal tas med i beregningsgrunnlaget. Arbeidsgiver anfører at vakter i ferievikariat og vakter gått i sykepleierstillinger ikke skal tas med 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 avgrenser 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».

Nemnda har etter dette kommet til at vakter som inngår i forhåndsavtalt sommerturnusen i perioden 19. juni – 13. august 2017 ikke skal tas med beregningen av kravet. Nemnda viser til at det er inngått tidsbegrenset arbeidsavtale med forhåndsavtalt turnus, som både angir arbeidstid og sted. Vakter etter denne turnusen er derfor ikke å anse som «arbeid utover avtalt arbeidstid». Nemnda har kommet til samme resultat i tidligere saker, blant annet 85/16 og 69/18.

Etter fratrekk av vakter i sommerturnusen gjenstår 691,8 timer utført merarbeid.

B kommune har redegjort for at 115 timer av A sitt merarbeid er vakter gått i stillinger for sykepleiere, og 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 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, etter en konkret vurdering kommet til at merarbeidet i de omtalte sykepleiervaktene ikke er et uttrykk for arbeidsgivers stabile og varige behov for merarbeidet til en hjelpepleier. Flertallet har i vurderingen lagt til grunn opplysningene fra arbeidsgiver om at det i den aktuelle perioden var vanskelig å rekruttere kvalifisert personell til Y, enheten som har formidlet ekstravakter til A. Slik saken er opplyst finner flertallet det dokumentert at Y for å øke bemanningen har utlyst minst 7,6 nye sykepleierstillinger i løpet av beregningsperioden, og legger i vurderingen vekt på at arbeidsgiver dermed aktivt har forsøkt å dekke det aktuelle vaktene med kvalifisert arbeidskraft. Arbeidsgiver opplyser å ha foretatt ansettelse i 4,6 av årsverkene. I tillegg er det i beregningsperioden utlyst cirka 5 årsverk ledige sykepleierstillinger ved Z, hvorav cirka 3,5 årsverk opplyses bemannet.

Ettersom de utlyste stillingene krever en annen kompetanse og utdanning enn det arbeidstaker innehar, finner flertallet at merarbeidet hun har utført i sykepleierstillinger ikke kan inngå i grunnlaget for beregning av utvidet stillingsprosent.

Nemndas mindretall, medlemmet Hassellund Solberg, er kommet til at merarbeidet i de omtalte sykepleiervaktene 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 576,81 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.

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. Selv om det har visse svingninger i intensiteten i beregningsperioden, har ekstraarbeidet vært tilstrekkelig jevnt fordelt utover året. Nemnda viser til at A har utført merarbeid hver kalendermåned utenom januar 2018. 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.

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 576,81 timer utover avtalt arbeidstid i beregningsperioden, noe som tilsvarer en stillingsprosent på 34,57. Samlet utgjør dette en stillingsprosent på 54,88.

Arbeidstaker har etter dette rett til økning av sin stilling med 34,57 prosent slik at samlet ny stillingsstørrelse utgjør 54,88 prosent.

Arbeidstaker har anført at hun har rett til å beholde helgestillingen ved X sykehjem slik at kun utvidelsen av stillingen legges til Y.

I prop. 83 L (2012-2013) punkt 4.4.4.6 (Hva innebærer det å få rett til stilling tilsvarende faktisk arbeidstid), bemerket Departementet:

«Deltidsansatte som oppfyller vilkårene etter bestemmelsen har rett til stilling i samsvar med det merarbeidet som er utført. Det innebærer en rett til stilling med samme omfang (stillingsstørrelse), arbeidssted og vakter tilsvarende merarbeidet vedkommende har utført i løpet av beregningsperioden.»

Departementet påpeker videre at:

«... deltidsansatte som oppfyller vilkårene etter bestemmelsen ikke fritt skal kunne velge hvilket sted eller avdeling hun eller han skal utføre arbeidet i den utvidede stillingen. Dersom merarbeidet som har lagt grunnlaget for utvidet stilling har vært utført på et eller flere andre steder/avdelinger enn der arbeidstaker har sitt hovedarbeidssted, må den deltidsansatte akseptere at arbeidsgiver fortsatt velger å bruke vedkommende på forskjellige steder/avdelinger i virksomheten.»

Nemnda har imidlertid ikke kompetanse til å ta stilling til om arbeidsgiver i kraft av styringsretten kan pålegge A et annet arbeidssted etter at hun har fått utvidet stillingsstørrelsen.

Konklusjon

Arbeidstaker har rett til økning av sin stilling med en stillingsprosent på 34,57.

Tvisteløsningsnemnda

Steffen G. Rogstad
nestleder

22.03.2019

Til orientering:

Twister 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).