



Tvisteløsningsnemnda

Vedtaksdato
22.03.2019

Vår referanse
2018/31290

Saksbehandler
Mads Backer-Owe

VEDTAK NR 34/19 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 kommune

Det ble truffet slikt vedtak:

Saksforhold

A er fast ansatt som assistent i stilling på 31,35 prosent ved Y i B kommune.

Den 22. mars 2018 fremsatte A 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 6. juni 2018. Avslaget var begrunnet med at det tellende merarbeidet ikke var jevnlig utført i beregningsperioden.

Saken ble brakt inn for Tvisteløsningsnemnda ved brev datert 20. juni, poststempelt 21. juni 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 20. juni 2018
- brev datert 2. juli 2018
- brev datert 16. oktober 2018

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev datert 17. juli 2018
- brev datert 3. oktober 2018
- e-post av 13. desember 2018
- e-post av 5. februar 2019

Arbeidstakers anførsler

A anfører i det vesentligste:

Hun har krav på utvidet stilling tilsvarende utført merarbeid i beregningsperioden. Jevnlighetskravet er oppfylt, og merarbeid utført i vakter for sykepleierstillinger skal også medregnes.

Arbeidsgivers anførsler

B kommune anfører i det vesentligste:

Merarbeidet er ikke jevnlig utført i beregningsperioden. Merarbeid utført i vakter for fagarbeidere og sykepleiere skal ikke inngå i jevnlighetsvurderingen, da disse stillingene krever en annen kompetanse enn det A innehar. Det anføres at selv om nemnda mot formodning skulle komme til at også disse vaktene skal inngå i jevnlighetsvurderingen, er jevnlighetskravet uansett ikke oppfylt.

Subsidiært anføres det at behovet for A sitt merarbeid er vesentlig redusert som følge av at man har ansatt 9 sykepleiere (7,3 årsverk) ved Y siden april 2018.

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 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.

Arbeidstaker fremsatte sitt krav for arbeidsgiver 22. 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 22. mars 2017 til og med 21. mars 2018. Vaktoversikt forelagt nemnda viser at A har arbeidet 221 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, samt om jevnlighetskravet er oppfylt.

Nemnda vil først ta stilling til hvilke vakter som skal inngå i grunnlaget for beregning av faktisk arbeidstid etter arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

B kommune har redegjort for at 66 timer av A sitt merarbeid har vært i vakter i stillinger for sykepleiere og fagarbeidere med 3-årig høyskoleutdanning, og har anført at disse timene ikke skal inngå i jevnlighetsvurderingen etter § 14-4 a.

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](#).

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 assistent. Flertallet har i vurderingen lagt til grunn opplysningene fra arbeidsgiver om at det i den aktuelle perioden var vanskelig å rekruttere kvalifisert personell til enheten. Slik saken er opplyst finner flertallet det dokumentert at enheten har utlyst flere stillinger med krav om den ønskede sykepleierkompetansen i løpet av beregningsperioden, og legger i vurderingen vekt på at arbeidsgiver dermed aktivt har forsøkt å dekke det aktuelle vaktene med kvalifisert arbeidskraft.

Ettersom de utlyste stillingene krever en annen kompetanse og utdanning enn det arbeidstaker innehar, finner flertallet at merarbeidet A har utført i slike stillinger ikke kan inngå i grunnlaget for beregning av utvidet stillingsprosent. Når det ovennevnte merarbeidet er trukket fra, gjenstår det et merarbeid tilsvarende 155 timer i beregningsperioden.

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.

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 ikke A ha krav på økt stilling. Nemnda er av den oppfatning at merarbeidet A er formelt kvalifisert til er nokså ujevnt fordelt i beregningsperioden. Det er også flere lange opphold på mer enn fem uker, herunder en periode på nesten åtte uker, uten slikt merarbeid. Selv om det tas hensyn til avvikling av ferie og sykemelding mv., har merarbeidet etter nemndas oppfatning ikke hatt den tilstrekkelige hyppighet og stabilitet til at nemnda kan konkludere med at merarbeidet er uttrykk for et stabilt og varig behov hos arbeidsgiver.

Nemnda har etter dette kommet til at merarbeidet ikke fremstår som en etablert praksis som oppfyller lovens krav, og at A dermed ikke fyller kravene i arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

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).