



Tvisteløsningsnemnda

Vedtaksdato
22.03.2019

Vår referanse
2018/31284

Saksbehandler
Mads Backer-Owe

VEDTAK NR 35/19 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 36,43 prosent ved X etat i B kommune.

Den 10. april 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 jevnlighetskravet i arbeidsmiljøloven § 14-4 a ikke var oppfylt.

Saken ble brakt inn for Tvisteløsningsnemnda ved brev datert 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 21. juni 2018
- e-post av 2. juli 2018
- e-post av 16. oktober 2018

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev datert 17. juli 2018
- brev datert 3. oktober 2018
- e- post av 4. februar 2018

Arbeidstakers anførsler

A anfører i det vesentligste:

Hun har krav på stilling tilsvarende faktisk arbeidstid i beregningsperioden. Merarbeidet som er utført i vakter tilhørende sykepleierstillinger skal også inngå i beregningsgrunnlaget.

Arbeidsgivers anførsler

A kommune anfører i det vesentligste:

Merarbeid utført i vakter tilhørende sykepleierstillinger skal ikke inngå i beregningsgrunnlaget, fordi dette er stillinger som krever en annen formalkompetanse enn det A innehar. At A har blitt benyttet i vakter tilhørende sykepleierstillinger, skyldes at har vært og er svært vanskelig å rekruttere sykepleiere til omsorgssentrene, til tross for jevnlig stillingsutlysninger.

Det ble utlyst flere sykepleierstillinger i løpet av den aktuelle beregningsperioden, og siden 9. april 2018 er det ansatt 9 sykepleiere i til sammen 7,3 årsverk i X. Dette viser at man har et reelt behov for sykepleierkompetanse i den delen av A merarbeid som er utført i sykepleiervakter.

Dersom nemnda kommer til at merarbeidet som er utført i sykepleiervakter skal inngå i beregningsgrunnlaget, anføres det at behovet for A merarbeid i disse vaktene ikke lenger foreligger som følge av ansettelsen av flere sykepleiere ved X våren 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 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 8. 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 8. april 2017 til og med 7. april 2018. Vaktoversikt forelagt nemnda viser at A har arbeidet 808,52 timer utover avtalt arbeidstid i denne perioden. Full stilling utgjør 1846 timer per år.

Uenigheten mellom partene i denne saken omhandler i første rekke hvilke vakter som skal inngå i grunnlaget for beregning av faktisk arbeidstid etter arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Fredrikstad kommune har redegjort for at 154,5 timer av A sitt merarbeid har vært i vakter i stillinger for sykepleiere. Kommunen anfører at disse timene ikke er et uttrykk for kommunens stabile og varige behov for en assistents arbeidskraft, og dermed heller ikke skal inngå i beregningsgrunnlaget for utvidet stilling etter arbeidsmiljøloven § 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 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](#).

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 hun 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 654,02 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 ansettelsler, 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.

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 selv om merarbeidet som er utført i sykepleiervakter er trukket fra, har A hatt ekstravakter flere ganger hver kalendermåned gjennom hele perioden. 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 utvidet stilling. 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 etter at sykepleiervakter er trukket fra har arbeidet 654,02 timer utover avtalt arbeidstid i beregningsperioden, noe som tilsvarer en stillingsprosent på 39,2. Samlet utgjør dette en stillingsprosent på 75,63.

Konklusjon

Arbeidstaker har rett til økning av sin stilling med en stillingsprosent på 39,2.

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).