



Vedtaksdato
25. oktober 2019

Vår referanse
2019/22614

Saksbehandler
Maria Schilvold

VEDTAK NR 140/19 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Tvisteløsningsnemnda avholdt møte torsdag 24. oktober 2019.

Ved behandlingen av saken var Tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Steffen G. Rogstad, nestleder
Tore Trygve Dahlstrøm, Unio
Gry Brandshaug Dale, KS

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 16,67 prosent ved X omsorgs- og avlastningsbolig i B kommune.

Den 1. april 2019 fremsatte Fagforbundet på vegne av A krav om stillingsutvidelse på grunnlag av utført merarbeid de siste 12 måneder, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Hun har i løpet av beregningsperioden hatt flere vikariater ved X omsorgs- og avlastningsbolig i tillegg til sin faste stilling. Vikariatene har vært på hhv. 29,10 prosent fra 1. november 2017 til 31. mai 2018, 83,33 prosent fra 1. juni 2018 til 31. oktober 2018 og 69,13 prosent fra 1. november 2018 til 31. mars 2019.

Saken ble brakt inn for Tvisteløsningsnemnda ved e-post av 30. april 2019, uten at arbeidsgiver hadde tatt stilling til kravet. Kravet ble imidlertid avslått av arbeidsgiver i brev vedlagt e-post til Tvisteløsningsnemnda, datert 11. juni 2019.

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 30. april 2019, med vedlegg
- e-post av 19. august 2019, med vedlegg

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- e-post av 11. juni 2019, med vedlegg
- e-post av 2. oktober 2019
- to e-poster av 18. oktober 2019
- e-post av 21. oktober 2019

Arbeidstakers anførsler

A anfører at hun har krav på større fast stilling på grunnlag av utført merarbeid de siste 12 måneder.

Arbeidsgivers anførsler

B kommune anfører i det vesentligste at A ikke kan få utvidet stilling så lenge hun er ufaglært, da de mener det er viktig å ha faglærte i store faste stillinger. Videre mener kommunen at mye av merarbeidet A har utført skyldes sykefravær, at dette er vanskelig å gjøre så mye med, og at det er forbigående merarbeid.

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 den 1. april 2019. 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 1. april 2018 til og med 31. mars 2019. Vaktoversikt forelagt nemnda viser at A har arbeidet 394 timer utover avtalt arbeidstid i denne perioden. Full stilling utgjør 1 846 timer per år.

Slik nemnda forstår partenes anførsler, gjelder uenigheten mellom partene i saken hvilke vakter som skal inngå i beregningsgrunnlaget og hvorvidt merarbeidet er utført jevnlig.

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

Arbeidsgiver har anført at 302,25 timer av As merarbeid har vært utført i vakter som er tillagt stillinger for helsefagarbeidere og vernepleiere, og mener at disse timene ikke skal inngå i beregningsgrunnlaget på bakgrunn av at A ikke er kvalifisert for denne typen arbeid og at det er sykefravær som begrunner behovet.

Nemnda viser til bestemmelsens forarbeider (Prop. 83 L (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». Årsaken til ekstraarbeidet er for så vidt uten betydning. Bestemmelsen gjelder uavhengig om det er økt arbeidsmengde, sykefravær eller andre forhold som begrunner behovet.

Videre bemerker nemnda 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 tildele vakter til en ufaglært som vikar for helsefagarbeidere og vernepleiere, 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, har satt en arbeidstaker til å 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 det aktuelle merarbeidsbehovet med kvalifisert arbeidskraft.

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, 110/18 og nemndas enstemmige vedtak 23/19.

Slik saken er opplyst kan nemnda ikke se at arbeidsgiver har dokumentert at de i løpet av beregningsperioden har jobbet aktivt for å dekke behovet for helsefagarbeidere og/eller vernepleiere, for eksempel ved stillingsutlysninger mv., og/eller at sykefraværet ved X omsorgs- og avlastningsbolig er redusert. Etter en konkret vurdering har nemnda derfor kommet til at også den delen av merarbeidet som er utført i vakter tilhørende helsefagarbeidere og vernepleiere skal inngå i beregningsgrunnlaget.

Nemnda går så over til vurderingen av om jevnlighetsvilkåret i arbeidsmiljøloven § 14-4 a er oppfylt. Ettersom nemnda har kommet til at også merarbeidet som er utført i helsefagarbeider- og vernepleiervakter skal inngå i beregningsgrunnlaget, blir utgangspunktet for jevnlighetsvurderingen at A har utført merarbeid tilsvarende 394 timer i beregningsperioden.

Inngangskriteriet om at den deltidsansatte har arbeidet «jevnlign» 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 har A 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 hatt ekstravakter hver måned, og at hun periodevis har hatt store stillingsstørrelser som har begrenset hvor mye merarbeid hun har kunnet utføre. Samlet sett har merarbeidet etter nemndas oppfatning hatt tilstrekkelig omfang, hyppighet og stabilitet i den aktuelle 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 1 668,5 timer.

Dokumentasjonen i saken viser at A har arbeidet 394 timer utover avtalt arbeidstid i beregningsperioden, noe som tilsvarer en stillingsprosent på 23,61. Samlet utgjør dette en stillingsprosent på 40,28.

Konklusjon

Arbeidstaker har rett til økning av sin stilling med en stillingsprosent på 23.

Tvisteløsningsnemnda

Steffen G. Rogstad
Nestleder

25. oktober 2019

Til orientering:

Tvister som nevnt i §§ 8-3, 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 fra det tidspunktet parten ble underrettet om nemndas avgjørelse, jf. arbeidsmiljøloven § 17-2 (3).

Reises det ikke søksmål innen fristen, har vedtaket virkning som en rettskraftig dom, og det kan fullbyrdes etter reglene som gjelder for dommer, jf. arbeidsmiljøloven § 17-2 (4).