



Tvisteløsningsnemnda

Vedtaksdato
19. mars 2012

Vår referanse
2020/160

Saksbehandler
Ingunn Lien Solberg

VEDTAK NR 30/21 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Tvisteløsningsnemnda avholdt møte torsdag 18. mars 2021.

Ved behandlingen av saken var Tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Anne Marie Due, leder
Silje Hassellund Solberg, LO
Marianne Pedersen, Virke

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 helsefagarbeider i stilling på 71,13 prosent i B kommune for tiden ved omsorgsboligen X.

Den 8. august 2020 fremsatte A krav om stillingsutvidelse på grunnlag av utført merarbeid de siste 12 måneder. A anførte at hun hadde utført 384 timer merarbeid, tilsvarende 23 prosent stilling, og at stillingen hennes burde utvides til 100 prosent stilling.

Kravet ble avslått av arbeidsgiver i brev datert 20. august 2020. Avslaget ble begrunnet med at A hadde jobbet 121 timer merarbeid, og at over 100 timer var vakter for vernepleier, sykepleier eller miljøterapeut. Arbeidsgiver mente A ikke hadde arbeidet jevnlig, uavhengig av om disse vaktene ble regnet med eller ikke.

Saken ble brakt inn for Tvisteløsningsnemnda ved brev datert 28. august 2020. 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 28. august 2020
- e-post av 1. oktober 2020
- e-post av 9. oktober 2020
- e-post av 13. november 2020
- e-post av 4. januar 2021
- e-post av 12. februar 2021
- e-post av 5. mars 2021

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- e-post av 2. november 2020
- e-post av 3. november 2020
- e-post av 18. november 2020
- e-post av 14. januar 2021
- e-post av 2. februar 2021
- e-post av 22. februar 2021
- e-post av 1. mars 2021
- e-post av 3. mars 2021
- e-post av 10. mars 2021

Etter at saken kom inn til Tvisteløsningsnemnda har arbeidstaker anført at hun har jobbet 393,5 timer merarbeid.

Arbeidstakers anførsler

A anfører i det vesentligste at det ikke skal gjøres noe fratrukk fra timene hun har jobbet merarbeid. Dersom arbeidsgiver mener at hun ikke er kvalifisert for vakter bør ikke arbeidsgiver tildele henne slike vakter.

A viser til dom LB-2017-80601 og anfører at ved utstrakt bruk av arbeidstakere uten ønsket formalkompetanse må det stilles strenge krav til arbeidsgivers begrunnelse.

A anfører, på bakgrunn av arbeidsgivers beskrivelse av bruk av ansvarsvakt, at det på X er praksis for at den som har seinvakt har ansvarsvakten uavhengig av utdanning og kvalifikasjoner, og at det har vært vakter hvor ufaglært har hatt ansvarsvakt selv om det har vært vernepleier og sykepleier på vakt.

A anfører videre at vakter hun har vært sykmeldt fra skal tas med i beregningen fordi vaktene er tildelt flere måneder i forveien.

Arbeidsgivers anførsler

B kommune anfører i det vesentligste at vakter arbeidstaker har tatt for vernepleier, sykepleier og miljøterapeut ikke skal tas med i beregningen. Arbeidstaker er kvalifisert til å ta vakter for miljøarbeider.

Arbeidsgiver opplyser at ansvarsvakter i utgangspunktet er tillagt sykepleier eller vernepleier. Det ble imidlertid ansett som driftsmessig forsvarlig å la A gå i vakter hun ikke var kvalifisert for fordi oppgavene hun ikke kunne utføre ble utsatt, eller at en med riktig kompetanse fra andre tjenestesteder ivaretok disse oppgavene.

Arbeidsgiver anfører at det er krevende å rekruttere sykepleiere og vernepleier til deltidstillinger eller som tilkallingsvikar. Arbeidsgiver utlyste stillinger i januar 2019 og januar 2021. Sistnevnte prosess ble avsluttet uten at det ble ansatt vernepleier. I løpet av beregningsperioden har det sluttet en sykepleier i 19,25 prosent stilling.

Arbeidsgiver har i senere e-post anført at de samme forholdene som for sykepleier- og vernepleierstillingene også gjelder for stillingen som miljøterapeut.

På spørsmål om det anføres at behovet for merarbeid er bortfalt opplyser arbeidsgiver at det aktuelle tjenestested har alle faste stillinger besatt. Behovet for merarbeid kommer som en følge av sykefravær og annet fravær som permisjoner og lignende.

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. Tolvmånedersperioden skal beregnes med utgangspunkt i det tidspunkt arbeidstaker fremmet sitt krav.

Arbeidstaker fremsatte sitt krav for arbeidsgiver 8. august 2020. 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. august 2019 til og med 7. august 2020. Vaktoversikt forelagt nemnda viser at A har arbeidet 393,50 timer utover sin faste deltidsstilling i denne perioden. Full stilling utgjør 1846 timer per år.

Uenigheten mellom partene i denne saken gjelder hva som skal inngå i beregningsgrunnlaget og om jevnlighetskravet er oppfylt.

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

Vaktoversikt forelagt nemnda viser at arbeidstaker har vært sykmeldt fra enkelte vakter hvor det var avtalt at hun skulle arbeide merarbeid.

Nemnda legger til grunn at beregningen skal foretas på grunnlag av de timer arbeidstaker faktisk har arbeidet utover fast stilling. Planlagte merarbeidstimer hvor arbeidstaker har vært syk tas derfor ikke med i beregningsgrunnlaget. Dette er også lagt til grunn i nemndas tidligere praksis, se vedtak 62/18, 88/19 og 138/19. Vakter med sykefravær trekkes derfor fra siden de faktisk ikke er utført.

Disse vaktene utgjør til sammen 32,5 timer.

Arbeidsgiver anfører videre at vakter A har arbeidet for sykepleier, vernepleier og miljøterapeut ikke skal med i beregningsgrunnlaget. Disse vaktene utgjør til sammen 43,5 timer.

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 tildele vakter til en helsefagarbeider som vikar for vernepleier, sykepleier eller miljøterapeut, uten at dette dermed er uttrykk for en tilfredsstillende kompetansesammensetning i et lengre tidsperspektiv.

Hvorvidt arbeidsgiver kan pårope at slike vakter ikke skal gi uttelling ved krav om utvidet stillingen må, slik nemnda ser det, 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.

I denne saken har arbeidsgiver benyttet en helsefagarbeider til stillinger som krever høyere utdanning. Arbeidsgiver anfører at det er vanskelig å rekruttere ønsket kompetanse i deltidsstillinger og tilkallingsvikarer, men ut ifra sakens opplysninger kan nemnda likevel ikke se at arbeidsgiver i løpet av beregningsperioden har jobbet aktivt for å dekke dette behovet. Arbeidsgiver har videre opplyst at de har organisert arbeidet i de aktuelle vaktene slik at bemanningen er forsvarlig. Nemnda kan etter dette ikke se at arbeidsgiver har sannsynliggjort at det ikke er driftsmessig forsvarlig å øke andelen faste ansettelser med den kompetansen A har. Etter en konkret vurdering har nemnda derfor kommet til at også den delen av merarbeidet som er utført i vakter tilhørende vernepleier, sykepleier eller miljøterapeut skal inngå i beregningsgrunnlaget.

Når det ovennevnte merarbeidet er trukket fra gjenstår det et merarbeid tilsvarende 361 timer i beregningsperioden.

Nemnda går så over til vurderingen av om jevnlighetsvilkåret i arbeidsmiljøloven § 14-4 a er oppfylt. Inngangskriteriet om at den deltidsansatte har arbeidet «jevnlige» utover avtalt arbeidstid 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.

Nemnda har kommet til at merarbeidet som er tatt med i beregningen er utført jevnlige og at A må ha krav på økt stilling. Merarbeidet i denne saken går etter nemndas oppfatning utover det sporadiske. Selv om arbeidstaker har et opphold i merarbeid i starten av beregningsperioden og det har vært visse svingninger i intensiteten i beregningsperioden, har ekstraarbeidet vært tilstrekkelig jevnt fordelt utover året. 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.

Tvisteløsningsnemnda oppfatter ikke at arbeidsgiver har anført at behovet for merarbeid har bortfalt. Arbeidsgiver opplyser at de ønsker at Tvisteløsningsnemnda gjør en vurdering av jevnlighetsprinsippet etter at vakter som ikke er merarbeid er fjernet fra beregningsperioden, og har ikke kommet med en utfyllende redegjørelse eller dokumentasjon på at behovet er bortfalt.

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 361 timer utover avtalt arbeidstid i beregningsperioden, noe som tilsvarer en stillingsprosent på 21,64. Samlet utgjør dette en stillingsprosent på 92,77.

Konklusjon

Arbeidstaker har rett til økning av sin stilling med en stillingsprosent på 21,64.

Tvisteløsningsnemnda

Anne Marie Due
Leder

19. mars 2021

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).