



Tvisteløsningsnemnda

Vedtaksdato
19. mars 2021

Vår referanse
2020/194

Saksbehandler
Ingunn Lien Solberg

VEDTAK NR 31/21 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 1-årig miljøterapeut/helsefagarbeider i stilling på 44,84 prosent og som hjelpepleier i 37,8 prosent i B kommune ved X og Z borettslag. A er til sammen ansatt i stilling på 82,64 prosent i B kommune.

Den 4. juni 2020 fremsatte A krav om stillingsutvidelse på grunnlag av utført merarbeid de siste 12 måneder, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a. A anførte at hun skulle ansettes i en stilling på 18,26 % i tillegg til sin opprinnelige stilling. Det ble bedt om at arbeidsgiver ga A tilbud om 100 prosent stilling.

Etter at kravet ble fremsatt ble A tilbudt en stillingsøkning på 6 prosent. A avslo dette tilbudet.

Kravet ble avslått av arbeidsgiver i brev datert 6. oktober 2020. Avslaget ble begrunnet med at A hadde jobbet 100 timer som vikar for vernepleier og at disse vaktene ikke skulle tas med i beregningen. Arbeidsgiver viste også til at A kun hadde hatt tre ekstravakter i perioden 27. januar – 1. mai 2020, og at arbeidsgiver derfor ikke hadde et jevnlig behov for hennes arbeidskraft.

Saken ble brakt inn for Tvisteløsningsnemnda ved brev datert 16. oktober 2020. Overfor nemnda har begge parter fått anledning til å komme med utfyllende merknader i saken.

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidstaker:

- brev datert 16. oktober 2020
- e-post av 28. oktober 2020
- e-post av 4. januar 2021
- e-post av 12. februar 2021
- e-post av 8. mars 2021
- e-post av 9. mars 2021

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- e-post av 3. desember 2020
- e-post av 28. januar 2021
- e-post av 22. februar 2021
- e-post av 25. februar 2021
- e-post av 8. mars 2021

Arbeidstakers anførsler

A anfører i det vesentligste at hun har rett til utvidet stilling uten at det gjøres fratrukk fra kravet. Dersom arbeidsgiver ikke mener hun er kvalifisert til slike vakter, burde 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 også at hun i perioden 27. januar – 1. mai 2020 har arbeidet seks vakter.

A anfører at ansvarsvakt tildeles uavhengig av den ansattes kompetanse, og at ledige vernepleiestillinger ble «fylt inn» i oktober 2019 og tidlig i 2020. Det skal på nytt utlyses en vernepleiestilling.

A anfører også at det er et jevnlig behov for ekstravakter med henvisning til behovet for ekstravakter da hun var i karantene, og at hun har fått tildelt ekstravakter etter hun krevde økt stilling. I senere e-post anfører A at arbeidsgiver straffer henne ved å ikke gi henne merarbeid etter at saken ble sendt til Tvisteløsningsnemnda. A anfører at det fortsatt er behov for ekstraarbeid.

Arbeidsgivers anførsler

B kommune anfører i det vesentligste at A er ansatt som helsefagarbeider og burde hatt dette som stillingstittel i begge arbeidsforhold, og at det ikke er noen forskjell på arbeidsoppgavene de to stedene.

Arbeidsgiver ønsker at nemnda vurderer jevnlighetsprinsippet, både med og eventuelt uten vakter hvor arbeidstaker har vært vikar for vernepleier. Arbeidsgiver anfører at merarbeidet ikke er jevnlig dersom man fjerner vaktene for vernepleier.

Arbeidsgiver anfører at ansvarsvakter i utgangspunktet er tillagt sykepleier eller vernepleier stillinger. Arbeidsgiver anfører videre at det ble ansett 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 tre vernepleiere i 100 prosent stilling, som har medført økt innleie av «ukvalifisert» personell for å dekke opp vakante vakter.

Arbeidsgiver opplyser at de ikke anfører at merarbeidet er bortfalt.

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

Arbeidstaker fremsatte sitt krav for arbeidsgiver 4. juni 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 4. juni 2019 til og med 3. juni 2020. Vaktoversikt forelagt nemnda viser at A har arbeidet 298,50 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».

Arbeidsgiver anfører at vakter A har arbeidet for vernepleier ikke skal med i beregningsgrunnlaget. Disse vaktene utgjør til sammen 79,75 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 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 vakter som krever høyere utdanning. Arbeidsgiver anfører at det er vanskelig å rekruttere ønsket kompetanse i deltidsstillinger og som tilkallingsvikarer, men ut ifra arbeidsgivers 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 den

delen av merarbeidet som er utført i vakter tilhørende vernepleier også skal inngå i beregningsgrunnlaget. Det gjøres derfor ingen fratrukk i beregningsgrunnlaget.

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

I vurderingen av om merarbeidet er utført jevnlign har nemnda delt seg i et flertall og et mindretall.

Etter nemndas flertall, medlemmene Due og Pedersen, forståelse av kravet til jevnlighet kan ikke A ha krav på økt stilling. A har opphold i merarbeidet i varierende lengder. Hennes største opphold er på over syv uker hvor over fire av disse ukene knytter seg til ferie og påfølgende karantene. Nemnda vurderer at selv om noe av oppholdet skyldes ferie er ikke merarbeidet av et tilstrekkelig omfang, hyppighet og stabilitet i tolv månedersperioden. Nemnda har etter dette kommet til at A ikke fyller kravene i § 14-4 a, og derfor ikke kan få medhold.

Nemndas mindretall, medlemmet Solberg, har kommet til at merarbeidet er utført jevnlign og at A må ha krav på økt stilling. Merarbeidet i denne saken går etter mindretallets oppfatning utover det sporadiske. A har opphold i merarbeidet i varierende lengder. Hennes største opphold er på over syv uker hvor over fire av disse ukene knytter seg til ferie og påfølgende karantene. Selv om det har vært visse svingninger i intensiteten i beregningsperioden, har ekstraarbeidet vært tilstrekkelig jevnt fordelt utover året.

Mindretallet legger også vekt på at hennes største opphold i stor grad kan forklares med uttak av ferie. Nemnda finner dermed 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.

Konklusjon

Arbeidstaker gis ikke medhold.

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).