



Tvisteløsningsnemnda

Vedtaksdato
22.06.2018

Vår referanse
2018/5389

Saksbehandler
Nina N. Hermansen

VEDTAK NR 55/18 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Tvisteløsningsnemnda avholdt møte torsdag 21. juni 2018

Ved behandlingen av saken var tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Anne Marie Due, leder
Silje Hassellund Solberg, LO
Silje Stadheim Almestrand, NHO

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 pleiemedarbeider i stilling på 13,26 prosent i B kommune, tjenester for funksjonshemmede.

Den 17. november 2017 fremsatte A krav om stillingsutvidelse på grunnlag av utført merarbeid de siste 12 måneder, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Kravet ble avslått ved brev datert 18. desember 2017. Avslaget ble begrunnet med at A i hovedsak har tatt enkeltvakter som vikar i stillinger hun ikke er kvalifisert for, og at disse vaktene ikke gir krav på økt stilling. Det øvrige merarbeidet er ikke jevnlig.

Vaktoversikt forelagt nemnda viser at A har arbeidet 606,5 timer utover avtalt arbeidstid i perioden fra og med 17. november 2016 til og med 16. november 2017. Full stilling utgjør 1846 timer per år.

Saken ble brakt inn for tvisteløsningsnemnda ved brev datert 5. januar 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 5. januar 2018

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev datert 1. februar 2018
- brev datert 11. februar 2018
- brev datert 23. februar 2018
- e-post av 11. april 2018

Arbeidstakers anførsler

A anfører i det vesentligste at hun har rett til stilling tilsvarende faktisk arbeidstid. Hun går på skole for å ta fagbrev som helsefagarbeider.

Arbeidsgivers anførsler

B kommune anfører i det vesentligste at det ikke skal gis uttelling for merarbeid i vakter som krever andre kvalifikasjoner enn det arbeidstaker har. Arbeidstakers arbeid i slike vakter er ikke uttrykk for arbeidsgivers stabile og varige behov for ufaglært arbeidskraft. Arbeidsgiver anfører at det kun er vakter som ekstraressurs, hvor det ikke stilles krav om fagbrev eller høyskolekompetanse som skal tas med i beregningen. I virksomhetens bemannings- og kompetanseplaner krever alle stillinger, med unntak av to sjåførstillinger, enten fagarbeider- eller høyskolekompetanse. Virksomheten har flere ufaglærte med arbeidsavtale som

pleiemedarbeidere, som er innplassert i fagarbeiderstillinger i bemannings- og kompetanseplanen. Det er virksomhetens vurdering at det burde være fagarbeiderkompetanse i disse stillingene, og ved ledighet vil stillingen bli utlyst med krav om fagarbeiderkompetanse. Arbeidsgiver arbeider aktivt for å øke andelen faglærte i virksomheten. Blant annet ved å ha en egen klasse for ufaglærte i kommunen som ønsker å bli helsefagarbeider. Disse får teoriopplæring og vil kunne ta teoriprøve og senere fagprøve.

Virksomheten har i de senere år kun utlyst stillinger med krav om fagarbeiderkompetanse eller høyere utdanning. I 2016 ble det riktignok ansatt ufaglærte, men det var fordi virksomheten hadde utfordringer med å rekruttere faglært arbeidskraft til små stillinger/helgestillinger. A ble ansatt på bakgrunn av at hun var i et utdanningsløp for å bli helsefagarbeider. Dette utdanningsløpet har hun ikke fullført enda, og det er arbeidsgivers oppfatning at hun har tatt en pause i utdanningen.

Ved innleie av tilkallingsvakter skal faglærte vikarer prioriteres foran ufaglærte. Tilfanget av tilkallingsvikarer med fagbrev er dessverre ikke tilstrekkelig til å dekke virksomhetens behov for fagarbeidere og det nødvendiggjør bruk av ufaglært arbeidskraft med opplæring. Arbeidsgiver anfører også at A ikke kan få uttelling for vakter som vikar for andre ufaglærte i stillinger som egentlig krever fagbrev eller høyskolekompetanse.

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 17. november 2017. 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 17. november 2016 til og med 16. november 2017. Vaktoversikt forelagt nemnda viser at A har arbeidet 606,5 timer utover avtalt arbeidstid i denne perioden. Full stilling utgjør 1846 timer per år.

B kommune har gjennom fremlagt dokumentasjon redegjort for at 371,25 timer av As merarbeid har vært i vakter som er tillagt stillinger for fagarbeidere/ansatte med høyskolekompetanse, og anfører at disse timene ikke skal inngå i beregningsgrunnlaget fordi det ikke er uttrykk for arbeidsgivers stabile og varige behov for en ufaglært. Videre anfører arbeidsgiver at 165,5 timer av As merarbeid heller ikke skal inngå i beregningsgrunnlaget, selv om det er vakter utført for andre ufaglærte.

I vurderingen av dette spørsmålet har nemnda delt seg i et flertall og et mindretall.

Nemndas flertall, medlemmene Due og Solberg 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.

Flertallet har også forståelse for at arbeidsgiver i enkelttilfeller kan vurdere det som faglig forsvarlig å leie inn en pleiemedarbeider som vikar for fagarbeidere/høyskoleutdannede, uten at dette dermed er uttrykk for en tilfredsstillende kompetansesammensetning i et lengre tidsperspektiv.

I denne saken har arbeidsgiver imidlertid jevnlig over en lengre periode benyttet seg av en pleiemedarbeider som vikar i vakter forbeholdt faglærte/høyskoleutdannede. Slik saken er opplyst finner ikke flertallet holdepunkter for at A har utført arbeidsoppgaver som krever fag/høyskolekompetanse, og flertallet legger derfor til grunn at arbeidsgiver har organisert arbeidet på de aktuelle vaktene slik at bemanningen samlet sett har vært forsvarlig. Flertallet har lagt vekt på at det ikke er iverksatt tilstrekkelige tiltak for å dekke behovet for faglærte/høyskoleutdannede. Flertallet kan etter dette ikke se at kommunen har sannsynliggjort at det ikke er driftsmessig forsvarlig å øke andelen fast ansatte med den kompetanse A har.

Selv om arbeidsgiver har som målsetning å dekke det aktuelle vikarbehovet med faglærte/høyskoleutdannede, må målsetningen etter flertallets syn også være et realistisk alternativ dersom den skal begrense stillingsvernet til pleiemedarbeideren som rent faktisk utfører arbeidet. Slik saken er opplyst finner flertallet at kommunen ikke har sannsynliggjort dette, og har derfor kommet til at også den delen av As merarbeid som er utført i vakter for faglærte/høyskoleutdannede skal inngå i beregningsgrunlaget etter AML. § 14-4 a.

Flertallets syn på hvilke vakter som skal inngå i jevnlighetsvurderingen avviker på dette punkt fra nemndas vurdering av lignende problemstillinger i tidligere vedtak. Flertallets endrede standpunkt beror i hovedsak på senere relevante avgjørelser fra domstolene, særlig LB-2017-80601 fra Borgarting lagmannsrett. På bakgrunn av nevnte rettspraksis legger flertallet til grunn at det ved utstrakt bruk av arbeidstakere uten ønsket formalkompetanse må stilles nokså strenge krav til arbeidsgivers begrunnelse, dersom en skal få medhold i at merarbeidet ikke skal inngå i beregningsgrunlaget etter arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

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.

Flertallet 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. Flertallet viser til at A har utført merarbeid hver måned i beregningsperioden. Nemndas flertall finner at merarbeidet 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 stilling tilsvarende faktisk arbeidstid i beregningsperioden. Ved fastsettelsen av ny stillingsprosent tar flertallet utgangspunkt i den stillingsprosent det samlede merarbeidet tilsier på årlig basis, uten hensyntaken til variasjoner fra måned til måned. Opptjent stillingsøkning må etter flertallets 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 606,5 timer utover avtalt arbeidstid i beregningsperioden, noe som tilsvarer en stillingsprosent på 36,35. Samlet utgjør dette en stillingsprosent på 49,61.

Nemndas mindretall, medlemmet Almestrand, har kommet til et annet resultat. Merarbeidet A har utført i vakter som er tillagt stillinger for fagarbeidere/høyskoleutdannende er etter mindretallets oppfatning ikke et uttrykk for arbeidsgivers stabile og varige behov for en pleiemedarbeiders merarbeid. Ettersom de stillingene krever en annen kompetanse og utdanning enn det arbeidstaker innehar, finner nemndas mindretall at dette merarbeidet ikke kan inngå i grunnlaget for beregning av utvidet stillingsprosent.

Mindretallet viser i denne sammenheng til at retten til å bestemme kompetansefordelingen i virksomheten er en naturlig del av arbeidsgivers styringsrett. Som nevnt av nemndas flertall, har Høyesterett også uttalt at domstolene i begrenset grad bør prøve arbeidsgivers vurdering av hvilke kvalifikasjonskrav som skal gjelde for en stilling.

Mindretallets vurdering i denne saken er i tråd med nemndas tidligere praksis, og dommen LB-2017-80601 fra Borgarting lagmannsrett gir etter mindretallets syn ikke grunnlag for å endre denne praksisen. Mindretallet bemerker at dommen gjelder den ulovfestede grunnbemanningslæren, og ikke arbeidsmiljøloven § 14-4 a. Til tross for overlappende virkeområde, er innfallsvinklene til vurderingene i de to regelsettene ulike.

Grunnbemanningslæren beror på en helhetsvurdering av den aktuelle virksomheten der to av vilkårene er om det foreligger et fast og stabilt behov for vikarer, og om det faste arbeidskraftbehovet uten vesentlig ulempe kan dekkes ved økningen av grunnbemanningen. Vurderingen er kompleks og krever et bredt bevisbilde.

I en vurdering av arbeidsmiljøloven § 14-4 a starter man med den aktuelle arbeidstakeren og ser kun på hva denne har arbeidet – ikke på fraværsprosenten på det aktuelle tjenesteområdet. Endelig er beregningsperioden begrenset til tolv måneder, noe som gjør det desto vanskeligere å fastslå hva som utgjør virksomhetens stabile og varige behov

tilstrekkelig kvalifisert arbeidskraft. Det er dermed lagt opp til en mindre omfattende bevisvurdering enn etter grunnbemanningslæren, noe som etter mindretallets syn gjør det desto mer betenkelig om nemnda skal sette seg ut over arbeidsgivers vurdering av nødvendige kvalifikasjoner og kompetansesammensetning.

Etter mindretallets forståelse av kravet til jevnlighet kan ikke A ha krav på økt stilling. Etter fradrag for vakter i stillinger arbeidstaker ikke er kvalifisert for, har A utført 69,75 timer merarbeid. Det har vært lange opphold mellom merarbeidet og det er utført merarbeid i kun fem måneder av beregningsperioden. Merarbeidet har dermed ikke hatt tilstrekkelig omfang, hyppighet og stabilitet i tolv månedersperioden. Mindretallet har etter dette kommet til at A ikke fyller kravene i § 14-4 a, og derfor ikke kan få medhold.

Konklusjon

Arbeidstaker har rett til økning av sin stilling med en stillingsprosent på 36,35.

Tvisteløsningsnemnda

Anne Marie Due
leder

22.06.2018

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).