



Tvisteløsningsnemnda

Vedtaksdato
25.06.2018

Vår referanse
2017/43482

Saksbehandler
Mahreen Shaffi

VEDTAK NR 61/18 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 assistent i stilling på 50 prosent i B kommune. På kravtidspunktet hadde hun en stilling på 20 prosent.

Den 18. august 2017 fremsatte hun krav om stillingsutvidelse på grunnlag av utført merarbeid de siste 12 måneder, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Kravet ble delvis innvilget i brev av 21. september 2017. Arbeidsgiver tilbød 50 prosent stilling, da vakter hun ikke er kvalifisert for hadde blitt trukket fra beregningsgrunnlaget.

Timeoversikt forelagt nemnda viser at A har arbeidet 958,75 timer utover avtalt arbeidstid i perioden fra og med 18. august 2016 til og med 17. august 2017. Full stilling utgjør 1846 timer per år.

Saken ble brakt inn for tvisteløsningsnemnda ved brev datert 2. oktober 2017. Overfor nemnda har begge parter fått anledning til å komme med utfyllende merknader i saken.

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidstaker:

- brev datert 2. oktober 2017

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev datert 2. november 2017
- brev datert 19. februar 2018

Arbeidstakers anførsler

A anfører i det vesentligste:

Merarbeidet hun har utført i tolv månedersperioden viser et stabilt behov som gir henne rett til utvidet stilling til 70,58 prosent tilsvarende faktisk arbeidstid.

Arbeidsgivers anførsler

B kommune anfører i det vesentligste:

A oppfyller kriteriene for å få økt sin stilling til 46 prosent, men arbeidsgiver har tilbudt henne 50 prosent stilling. Vakter arbeidstaker ikke er kvalifisert for har blitt holdt utenfor beregningen av ny stillingsprosent.

Grunnen til at mye av merarbeidet ikke ble tildelt en person med høyere fagkompetanse kan være endringer i driften, og at flere vakter må ses i sammenheng med innleie. Når relativt få vikarer melder interesse for mange vakter vil det derfor i enkelte tilfeller tildeles assistenter fordi faglærte allerede har fått andre vakter samme uke.

Når arbeidsgiver allikevel velger å bruke ufaglært personell i noen vikarvakter er dette fordi det i hvert enkelt tilfelle gjøres en vurdering av samlet kompetanse på hhv. avdelingen, institusjonen, bofellesskapet eller hjemmetjenestesonen. Dette må vurderes opp mot øvrig fravær av fagpersonell.

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 18. august 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 18. august 2016 til og med 17. august 2017. Dokumentasjonen som er forelagt nemnda viser at A har arbeidet 958,75 timer utover sin faste stilling i beregningsperioden.

B kommune har gjennom fremlagt dokumentasjon redegjort for at 476,75 timer av As merarbeid har vært som vikar for sykepleiere, hjelpepleiere og fagarbeidere, og har anført at disse ikke skal inngå i beregningsgrunnlaget fordi det ikke er uttrykk for arbeidsgivers stabile behov for en assistents kompetanse.

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

Nemndas flertall, medlemmene Due og Solberg, bemerker at det i utgangspunktet er arbeidsgiver som fastsetter kompetansesammensetningen i virksomheten og hvilke kvalifikasjonskrav som skal gjelde for den enkelte stilling. Nemnda bør derfor 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 personell som ikke er formelt kvalifisert som vikar for f.eks. en sykepleier, 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 assistent som vikar i vakter forbeholdt de med fag- og høyskoleutdanning. Slik saken er opplyst finner ikke nemndas flertall holdepunkter for at A har utført arbeidsoppgaver som krever fag- og høyskoleutdanning, og nemnda legger derfor til grunn at arbeidsgiver har organisert arbeidet på de aktuelle vaktene slik at den faglige bemanningen samlet sett har vært forsvarlig. Ut fra sakens opplysning, der nemndas flertall legger særlig vekt på at det

ikke er arbeidet aktivt for å dekke behovet for sykepleiere, er det etter flertallets oppfatning ikke noe som tilsier at dette ikke også vil være tilfellet i fremtiden. Flertallet kan etter dette ikke se at arbeidsgiver 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 sykepleiere, vernepleiere, hjelpepleiere og helsefagarbeidere, må målsetningen etter nemndas syn også være et realistisk alternativ dersom den skal begrense stillingsvernet til assistenten som rent faktisk utfører arbeidet. Slik saken er opplyst finner nemndas flertall at arbeidsgiver ikke har sannsynliggjort dette, og har derfor kommet til at også den delen av As merarbeid som er utført i vakter som krever fag- og høyskoleutdanning skal inngå i beregningsgrunnlaget etter arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Flertallets syn på hvilke vakter som skal inngå i jevnlighetsvurderingen avviker på dette punkt fra nemndas vurdering av lignende spørsmål i tidligere vedtak. Flertallets endrede standpunkt beror i hovedsak på dom fra Borgarting lagmannsrett, LB-2017-80601. På bakgrunn av nevnte rettspraksis legger nemndas flertall 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 beregningsgrunnlaget etter arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

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.

Nemndas flertall 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.

Nemndas flertall har kommet til at merarbeidet er utført jevnlig. Merarbeidet i denne saken går etter flertallets oppfatning utover det sporadiske. Ekstraarbeidet har vært tilstrekkelig jevnt fordelt utover året. Flertallet viser til at A har hatt ekstravakter omtrent hver uke i beregningsperioden, uten noen særlige opphold. Flertallet 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 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 958,75 timer utover avtalt arbeidstid i beregningsperioden, noe som tilsvarer en stillingsprosent på 57,46. A har allerede fått utvidet sin stilling til 50 prosent, men skal i tillegg til dette ha en økning på 27,46 prosent. Samlet utgjør dette en stillingsprosent på 77,46.

Nemndas mindretall, medlemmet Almestrand, har kommet til et annet resultat.

Arbeidsgiver har dokumentert at 476,75 timer av As merarbeid har vært som vikar for sykepleiere, hjelpepleiere og fagarbeidere, noe arbeidstaker ikke er kvalifisert for.

Ettersom disse stillingene krever en annen kompetanse og utdanning enn det arbeidstaker innehar, finner nemnda at dette merarbeidet ikke kan inngå i jevnlighetsvurderingen og grunnlaget for beregning av utvidet stillingsprosent, da dette arbeidet ikke er uttrykk for arbeidsgivers stabile og varige behov for en assistents kompetanse.

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 i HR-2014-831-A 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. Dommen LB-2017-80601 fra Borgarting lagmannsrett gir etter mindretallets syn ikke grunnlag for å endre denne praksisen. Mindretallet bemerker at dommen gjelder den domstolskapede læren om fast ansettelse, og ikke merarbeidsbestemmelsen i arbeidsmiljøloven § 14-4 a. Til tross for overlappende virkeområde, er innfallsvinklene til vurderingene i de to regjellingene ulike.

Den domstolskapede læren 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 er det kun merarbeidet til den aktuelle arbeidstakeren som vurderes – ikke det totale fraværet innen 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 for 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.

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.

Nemndas mindretall har kommet til at merarbeidet er utført jevnlig selv om vaktene A ikke er kvalifisert for er trukket fra. Merarbeidet i denne saken går etter mindretallets oppfatning utover det sporadiske. Selv om det har visse svingninger i intensiteten i beregningsperioden, har ekstraarbeidet vært tilstrekkelig jevnt fordelt utover året. Mindretallet viser til at A har hatt ekstravakter hver måned av beregningsperioden uten noen særlige opphold. Mindretallet 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 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 482 timer utover avtalt arbeidstid i beregningsperioden, noe som tilsvarer en stillingsprosent på 28,89. Samlet utgjør dette en stillingsprosent på 48,89.

Ettersom arbeidstaker allerede har tiltrådt i en stilling på 50 prosent, har hun etter mindretallets oppfatning ikke krav på noen ytterligere stillingsøkning.

Konklusjon

Arbeidstaker har rett til økning av sin stilling med en stillingsprosent på 27,46.

Tvisteløsningsnemnda

Anne Marie Due
leder

25.06.2018

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).