



Tvisteløsningsnemnda

Vedtaksdato
21.11.2018

Vår referanse
2018/13863

Saksbehandler
Mads Backer-Owe

VEDTAK NR 110/18 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Tvisteløsningsnemnda avholdt møte torsdag 20. september 2018.

Ved behandlingen av saken var tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Anne Marie Due, leder
Silje Hassellund Solberg, LO
Per H. Engeland, Virke

Særskilt oppnevnte medlemmer

Hege Torvbråten, KS
Hilde Løkholm, Fagforbundet

Saken gjelder

Tvist om rett til stilling for deltidsansatte tilsvarende faktisk arbeidstid etter arbeidsmiljøloven § 14-4 a

Arbeidstaker

A

Arbeidsgiver

B

Det ble truffet slikt vedtak:

Saksforhold

A er fast ansatt som miljøterapeut i stilling på 24,18 prosent ved C i B.

Den 8. desember 2017 fremsatte A krav om stillingsutvidelse på grunnlag av utført merarbeid de siste 12 måneder, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Merarbeidet er utført ved tjenestestedene X (As faste arbeidssted), Y og Z.

Etter drøftingsmøter 5. januar og 26. januar 2018, ble kravet skriftlig avslått av arbeidsgiver i brev datert 30. januar 2018. Avslaget var begrunnet med at jevnlighetsvilkåret ikke var oppfylt, og at behovet for merarbeidet var bortfalt.

Saken ble brakt inn for Tvisteløsningsnemnda ved e-post av 27. februar 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 27. februar 2018
- brev datert 20. mars 2018
- brev av 13. april 2018
- brev av 19. april 2018

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev datert 23. mars 2018
- brev datert 4. juli 2018
- e-post av 17. september 2018

Arbeidstakers anførsler

A anfører i det vesentligste:

Hennes utdanning oppfyller kompetansekravet til stillingen som miljøterapeut. Selv om de ansatte har ulik utdanningsbakgrunn, har mange av de hun har tatt vakter for også stillingstittelen miljøterapeut. Arbeidsgiver kan derfor ikke høres med at det skal gjøres fradrag for vakter hun ikke er kvalifisert for.

Merarbeid utført grunnet korttidssykefravær hos andre ansatte kan ikke anses som bortfalt behov, da dette alltid vil være en del av den vanlige driften. Det er kun merarbeidet som skyldes fraværet til den langtidssykemeldte arbeidstakeren som nå er tilbake det skal gjøres fradrag for.

Arbeidsgivers anførsler

B anfører i det vesentligste:

I henhold til kvalitetsforskriften samt rundskriv fra Bufetat, tilstreber virksomheten at opp mot 50 prosent av de ansatte har barnevernfaglig og/eller sosialfaglig kompetanse.

En vesentlig andel av merarbeidet A har utført er i vakter tilhørende ansatte med helse- og/eller sosialfaglig høyskoleutdanning. A har ikke slik utdanning, og disse vaktene skal derfor ikke inngå i beregningsgrunnlaget etter arbeidsmiljøloven § 14-4 a. Det skal heller ikke arbeid i vikarvakter ved sykdom og ferie.

Av det utførte arbeidet er det kun 63 timer som kan anses som merarbeid i henhold til arbeidsmiljøloven § 14-4 a. Jevnlighetsvilkåret er da ikke oppfylt.

Subsidiært anføres det at behovet for merarbeidet som er utført ved sykdom og ferie ikke lenger foreligger.

Det ble i mars 2018 utlyst to stillinger som miljøterapeut med krav til sosialfaglig utdannelse for å møte kravet om kompetansesammensetning. Dette vil gi større fleksibilitet og mindre behov for vikarer. Videre er antallet brukere i avdelingen redusert fra syv til fem, samt at sykefraværet i enheten er redusert.

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. I tillegg er det oppnevnt ytterligere to medlemmer med særlig kunnskap om den bransjen som er berørt i saken (bransjemedlemmer).

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. desember 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 8. desember 2016 til og med 7. desember 2017. Vaktoversikt forelagt nemnda viser at A har arbeidet 968,25 timer utover avtalt arbeidstid i denne perioden. Full stilling utgjør 1846 timer per år.

Uenigheten mellom partene i denne saken gjelder i hovedsak hvilke vakter som skal inngå i beregningsgrunnlaget for faktisk arbeidstid, samt hvor mye av behovet for merarbeid som ikke lenger foreligger.

Nemnda vil først ta stilling til hvilke vakter som skal inngå i grunnlaget for beregning av faktisk arbeidstid etter arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Nemnda 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 faste stillingsandelen som utgangspunkt anses som «arbeid utover avtalt arbeidstid». Forarbeidene avgrensner imidlertid kriteriets anvendelsesområde mot situasjoner hvor det er avtalt en utvidelse av stillingen i form av en midlertidig ansettelseskontrakt, og det understrekes at i slike tilfeller skal stillingsutvidelsen ikke anses som «arbeid utover avtalt arbeidstid»

I herværende sak er flere av vaktene i timelistene merket med «vikar ferie», men utover en ren rammeavtale for tilkallingsvakter er det ikke fremlagt noen skriftlig avtale om at dette er en midlertidig ansettelseskontrakt. Det samme gjelder for vikarvakter ved kortere sykefravær. Videre fremstår disse vaktene i stor grad som enkeltstående vakter som er jevnt spredt utover tolv månedersperioden. Disse vaktene skal etter nemndas syn dermed inngå i beregningsgrunnlaget.

B har redegjort for at 397,75 (968,25 – 570,5) timer av A sitt merarbeid har vært i vakter i stillinger for personale med helse- eller sosialfaglig høyskoleutdanning, og har anført at disse vaktene ikke skal inngå i beregningsgrunnlaget fordi det ikke er uttrykk for arbeidsgivers stabile behov for As kompetanse.

Nemnda bemerker innledningsvis at det i utgangspunktet er arbeidsgiver som fastsetter kompetansesammensetningen i virksomheten og hvilke kvalifikasjonskrav som skal gjelde for den enkelte stilling, og at nemnda i begrenset grad bør prøve arbeidsgivers vurdering av dette. Dette gjelder ikke desto mindre der det som her er et bakenforliggende forskriftsfestet krav om forsvarlig kompetansesammensetningen i virksomheten.

Nemnda har også forståelse for at arbeidsgiver i enkelttilfeller kan vurdere det som faglig forsvarlig å leie inn en miljøterapeut uten den ønskede fagkretsen som vikar for en miljøterapeut som har dette, uten at dette dermed er uttrykk for en tilfredsstillende kompetansesammensetning i et lengre tidsperspektiv.

I den nærmere vurderingen av om timene skal tas med i beregningsgrunnlaget har nemnda delt seg i et flertall og et mindretall.

Nemndas flertall, medlemmene Due, Solberg, Torvbråten og Løkholm, viser til at arbeidsgiver i denne saken i stor utstrekning og over en lengre periode har benyttet seg av A som vikar i vakter tilhørende ansatte med sosialfaglig høyskoleutdanning, uten at det er gjort aktive forsøk på å skaffe vikarer med den ønskede kompetansen.

Slik saken er opplyst finner ikke nemndas flertall holdepunkter for at A har utført arbeidsoppgaver som krever en annen kompetanse enn den hun innehar. Nemnda legger også vekt på at B selv opplyser at de har organisert arbeidet på alle de aktuelle vaktene slik at bemanningen samlet sett har vært forsvarlig. Ut fra sakens opplysning er det etter nemndas syn ikke noe som tilsier at dette ikke også vil være tilfellet i fremtiden. Flertallet kan etter dette ikke se at B har sannsynliggjort at det ikke er driftsmessig forsvarlig å øke andelen fast ansatte med den kompetanse A har.

På grunnlag av sakens dokumenter har nemndas flertall derfor kommet til at også den delen av As merarbeid som er utført i de omstridte vaktene skal inngå i beregningsgrunnlaget etter arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Nemndas mindretall, medlemmet Engeland, har kommet til at merarbeidet A har utført i vakter tilhørende stillinger for personell med særlig sosialfaglig høyskoleutdanning ikke et uttrykk for arbeidsgivers stabile og varige behov for As merarbeid. Ettersom disse stillingene krever en annen kompetanse og utdanning enn det arbeidstaker innehar, finner mindretallet at dette merarbeidet ikke kan inngå i grunnlaget for beregning av utvidet stillingsprosent.

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.

En samlet nemnd har kommet til at merarbeidet er utført jevnlign. 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 flere ganger i måneden gjennom hele beregningsperioden. 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.

B har imidlertid anført at det ikke lenger foreligger behov for omlag 470 timer av A sitt merarbeid i perioden, fordi dette arbeidet er utført for å dekke andre arbeidstakers ferie og sykdom. Det er i denne forbindelse også anført at vikarbehovet nå er mindre som følge av redusert sykefravær, at antall brukere i en avdeling er redusert fra syv til fem, og at det etter utlysning av stillinger i mars 2018 er ansatt i to miljøterapeuter med ønsket kompetanse.

Hva som skal til for at behovet for merarbeid ikke lenger anses å foreligge, er ikke nærmere definert i loven. I bestemmelsens forarbeider, Prop. 83 L (2012-2013) punkt 4.4.4.5, uttaler departementet blant annet at:

«(...) Departementet finner det ikke hensiktsmessig å fastsette konkrete krav til hvilken dokumentasjon som arbeidsgiver må legge fram. Arbeidsgiver vil i praksis

måtte fremlegge informasjon som gjør det mulig for arbeidstaker og eventuelt Tvisteløsningsnemnda å etterprøve. Det avgjørende vil være hvorvidt og i hvilken grad arbeidsgiver kan sannsynliggjøre at virksomheten ikke lenger har behov for merarbeidet i tiden framover.»

Slik saken er opplyst har nemnda kommet til at arbeidsgiver har dokumentert at deler av behovet for merarbeid har bortfalt eller kommer til å falle bort i nær fremtid.

Nemnda bemerker at en viss mengde korttidssykefravær og ferieavvikling alltid vil være en naturlig del av den løpende driften, og at behovet for merarbeid i forbindelse med slikt ordinært sykefravær etter nemndas syn kun kan ansees som bortfalt dersom det kan dokumenteres at det generelle sykefraværet i den aktuelle enheten senere er tilsvarende redusert. Slik saken er opplyst kan ikke nemnda se at det er tilfellet her.

Nemnda finner det imidlertid dokumentert at behovet for merarbeidet som er utført i fraværet til en tidligere langtidssykemeldt arbeidstaker, tilsammen 126 timer, må anses bortfalt. Nemnda legger videre til grunn at reduksjonen av antall brukere i en av avdelingene tilsier at noe av behovet er bortfalt. Når det gjelder ansettelsen av to miljøterapeuter våren 2018 er det noe uklart om ansettelsene erstatter eksisterende stillinger eller skal dekke inn for behovet for merarbeid. Det kan således ikke legges til grunn at ansettelsene medfører at hele behovet for As merarbeid har bortfalt.

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.

Nemndas flertall har lagt til grunn at merarbeid i vakter tilhørende arbeidstakere med sosialfaglig kompetanse skal tas med i beregningsgrunnlaget. Dokumentasjonen i saken viser at A da har arbeidet 968,25 timer utover avtalt arbeidstid i beregningsperioden. Dette tilsvarer en stillingsprosent på 58,03.

Etter et skjønnsmessig fratrekk for merarbeid det ikke lenger er behov for, finner nemndas flertall at A har rett til utvidelse av sin stilling tilsvarende en stillingsprosent på 40. Samlet utgjør dette en stillingsprosent på 64,18.

Konklusjon

Arbeidstaker har rett til økning av sin stilling med en stillingsprosent på 40.

Tvisteløsningsnemnda

Anne Marie Due
leder

21.11.2018

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).