



Tvisteløsningsnemnda

Vedtaksdato
07.05.2018

Vår referanse
2017/48569

Saksbehandler
Mahreen Shaffi

VEDTAK NR 33/18 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Tvisteløsningsnemnda avholdt møte fredag 20. april 2018.

Ved behandlingen av saken var tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Anne Marie Due, leder
Silje Hassellund Solberg, LO
Gry Brandshaug Dale, KS

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 52 prosent i B kommune.

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

Kravet ble avslått i brev av 30. oktober 2017, med begrunnelse at merarbeid utført i vakter som krever fag- og høyskoleutdanning ble holdt utenfor vurderingen, og merarbeidet var dermed ikke jevnlig utført.

Timeoversikt forelagt nemnda viser at A har arbeidet 761,25 timer utover avtalt arbeidstid i perioden fra og med 17. oktober 2016 til og med 16. oktober 2017. Full stilling utgjør 1846 timer per år.

Saken ble brakt inn for tvisteløsningsnemnda ved brev datert 10. november 2017. Overfor nemnda har begge parter fått anledning til å komme med utfyllende merknader i saken.

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidstaker:

- brev av 10. november 2017

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev av 6. desember 2017
- brev av 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 tilsvarende faktisk arbeidstid. Arbeidstaker er uenig i at vakter man ikke er kvalifisert for skal trekkes ut av vurderingen. Hun har jevnlig blitt brukt som vikar uavhengig av om hun har den kompetansen vekten krever.

Arbeidsgivers anførsler

B kommune anfører i det vesentligste:

Arbeidsgiver har trukket fra vakter som krever fag- og høyskoleutdanning, og merarbeidet fremstår dermed ikke som jevnlig.

Når arbeidsgiver allikevel velger å bruke ufaglært personell i noen vikarvakter er dette fordi det i hvert enkelt tilfelle gjøres en vurdering av en samlet kompetanse på hhv. avdelingen,

institusjonen, bofellesskapet eller hjemmetjenestesonen. Dette må vurderes opp mot øvrig fravær av fagpersonell.

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 17. oktober 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. oktober 2016 til og med 16. oktober 2017. Dokumentasjonen som er forelagt nemnda viser at A har arbeidet 761,25 timer utover avtalt arbeidstid i denne perioden.

B kommune har gjennom fremlagt dokumentasjon redegjort for at 488,33 timer av A sitt merarbeid har vært i vakter i stillinger som krever fag- og høyskoleutdanning, 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 høyskoleutdannelse, 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 skjønnsmessig 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 hver måned 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 761,25 timer utover avtalt arbeidstid i

beregningsperioden, noe som tilsvarer en stillingsprosent på 45,62. Samlet utgjør dette en stillingsprosent på 97,62.

Nemndas mindretall, medlemmet Brandshaug Dale har kommet til et annet resultat.

Arbeidsgiver har dokumentert at 488,33 timer av As merarbeid har vært som vikar for stillinger som krever fag- og høyskoleutdannelse, noe arbeidstaker ikke er kvalifisert for. Ettersom disse stillingene krever en annen kompetanse og utdannelse enn det arbeidstaker innehar, finner mindretallet at dette merarbeidet ikke kan inngå i jevnlighetsvurderingen og grunnlaget for beregningen 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 domstolskapte læren om fast ansettelse, og ikke merarbeidsbestemmelsen i arbeidsmiljøloven § 14-4 a. Til tross for overlappende virkeområde, er innfallsvinklene til vurderingene i de to regelsettene ulike.

Den domstolskapte 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 «jevnlige» 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, og at A må dermed ha krav på økt stilling. 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 i beregningsperioden. 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 272,92 timer utover avtalt arbeidstid i beregningsperioden, noe som tilsvarer en stillingsprosent på 16,36. Samlet utgjør dette en stillingsprosent på 68,36.

Konklusjon

Arbeidstaker har rett til økning av sin stilling med en stillingsprosent på 45,62.

Tvisteløsningsnemnda

Anne Marie Due
leder

07.05.2018

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).

