



Tvisteløsningsnemnda

Vedtaksdato
16.04.2019

Vår referanse
2018/24735

Saksbehandler
Anders Reidar Holm

VEDTAK NR 57/19 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Tvisteløsningsnemnda avholdt møte torsdag 28. mars 2019.

Ved behandlingen av saken var tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Steffen G. Rogstad, nestleder
Gry Brandshaug Dale, KS
Vetle Wetlesen Rasmussen, YS

Saken gjelder

Twist 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 20 prosent i B kommune ved Z omsorgsboliger.

Den 17. april 2018 fremsatte Delta på vegne av A frem krav om økt stilling, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Arbeidsgiver avsto kravet i e-post av 18. april 2018. Avslaget ble begrunnet med at Fylkesmannen etter tilsyn i 2016 ikke åpner for at fagstillinger kan erstattes med ufaglærte ved enheten.

Vaktoversikt forelagt nemnda viser at A har arbeidet 1276,5 timer utover avtalt arbeidstid i perioden fra og med 17. april 2017 til og med 16. april 2018. Full stilling utgjør 1846 timer per år.

Saken ble brakt inn for Tvisteløsningsnemnda ved brev poststempelt 9. mai 2018.

Overfor nemnda har begge parter fått anledning til å komme med utfyllende merknader i saken.

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidstaker:

- e-post av 9. mai 2018
- e-post av 31. august 2018
- e-post av 7. februar 2019
- e-post av 11. februar 2019
- e-post av 25. mars 2019

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- e-post datert 6. juni 2018
- brev datert 21. juni 2018
- brev datert 13. mars 2019
- e-post datert 21. mars 2019

Arbeidstakers anførsler

A anfører i det vesentligste at hun har utført jevnlig merarbeid og har fylt et fast og vedvarende behov for arbeidskraft. Hun er funnet kvalifisert til å arbeide hver gang hun har blitt tilkalt som vikar, og har et rettmessig krav på utvidet stilling.

Arbeidsgivers anførsler

Bakgrunnen for at arbeidstaker er gitt mulighet til å ta ekstravakter skyldes høyt sykefravær i den aktuelle perioden. I tillegg kommer fødselspermisjon, foreldrepermisjon og permisjon grunnet kronisk sykdom. Manglende fagkompetanse ble ansett som mindre fare for tjenesten enn å ha en vakant stilling.

Etter tilsyn fra Fylkesmannen i april 2016 var Fylkesmannens tilbakemelding at de ikke har anledning til å erstatte fagstillinger med ufaglærte. Det ble også gitt anmerkning for ansettelser av ufaglærte. Tilsynet som ble lukket i januar 2018, har medført at kommunen stiller strengere krav til fagkompetanse. Ut fra nåværende situasjon er det tvilsomt om dispensasjon fra Fylkesmannen kan gis, da antall faglærte ikke anses tilstrekkelig.

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 nestleder 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 merarbeid ikke lenger foreligger. Tolvmånedersperioden skal beregnes med utgangspunkt i det tidspunkt arbeidstaker fremmet sitt krav.

Arbeidstaker fremsatte sitt krav for arbeidsgiver 17. april 2018. 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. april 2017 til og med 16. april 2018. Vaktoversikt forelagt nemnda viser at A har arbeidet 1276,5 timer utover avtalt arbeidstid i denne perioden. Full stilling utgjør 1846 timer per år.

Nemnda forstår uenigheten mellom partene i denne saken å gjelde hvorvidt arbeidstakers merarbeid gir uttrykk for arbeidsgivers stabile og varige behov for merarbeid.

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.

I denne sak har arbeidstaker som ufaglært utført merarbeid i stillinger som krever formell kompetanse. Ettersom arbeidstakers merarbeid kun skulle løse en akuttsituasjon, ble det av arbeidsgiver vurdert som en mindre fare for tjenesten å benytte ufaglært kompetanse, enn å ha vakante vakter. Siden arbeidstaker fungerte tilfredsstillende, ble hun stadig satt opp på nye vakter på tross av sin manglende formelle kompetanse.

Nemnda legger derfor til grunn at arbeidsgiver anfører at arbeidstaker har utført merarbeid i stillinger hun ikke er kvalifisert for, med den følge at de vaktene hun etter det anførte ikke er kvalifisert for, heller ikke skal inngå i beregningsgrunnlaget.

Slik nemnda ser det, må dette bero på en konkret vurdering av flere forhold, deriblant hva arbeidsgiver har foretatt seg for å dekke behovet for kvalifisert arbeidskraft for det aktuelle merarbeidet.

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 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](#) og [110/18](#).

Slik saken er opplyst kan nemnda ikke se at arbeidsgiver i løpet av beregningsperioden har arbeidet aktivt for å dekke opp behovet for kvalifisert personell. Det er framlagt utdrag av stillingsutlysninger for hele virksomheten, og det er ikke dokumentert at noen av disse kan knyttes til det aktuelle merarbeidet. Videre fremgår det av stillingsutlysningene at relevant erfaring kan kompensere for utdanningskrav i de aktuelle stillingene. Etter nemndas syn dekket arbeidstaker derfor et varig behov for merarbeid, noe som understrekes ved at arbeidsgiver overfor nemnda har opplyst at arbeidstakers merarbeid ble glemt som følge av at hun utførte arbeidet tilfredsstillende.

Etter en konkret vurdering har nemnda derfor kommet til at alt merarbeid skal inngå i beregningsgrunnlaget for utvidet stilling.

Nemnda vil videre vurdere om merarbeidet er utført jevnlig.

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.

Nemnda 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. Nemnda viser til at ekstraarbeidet har vært tilstrekkelig jevnt fordelt over hele perioden og at arbeidstaker har hatt ekstravakter hver måned med unntak av 8 uker, hvorav 3 uker var ferieavvikling og det resterende sykemelding.

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.

Arbeidsgiver har påberopt at i en tilsynssak fra Fylkesmannen i 2017, fikk virksomheten Y anmerkning for å ha ansatt ufaglærte. Dette har medført at virksomheten nå har strengere

krav til fagkompetanse ved ansettelser, og som følge av dette ikke kan innvilge hennes krav om stillingsutvidelse. Nemnda forstår arbeidsgiver slik at de med dette påberoper at behovet for arbeidstakers merarbeid er bortfalt som følge av deres skjærpede kvalifikasjonskrav.

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:

«Det kan og tenkes at virksomheten kan begrunne et mindre behov for merarbeid framover med at det i mellomtiden har vært nødvendig med nedbemanning, eventuelt at nedbemanning eller permitteringer er sannsynlig i nær fremtid. (...) 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 denne saken er opplyst har nemnda kommet til at arbeidsgiver ikke i tilstrekkelig grad har sannsynliggjort at behovet for merarbeid var bortfalt eller kom til å falle bort i nær fremtid. Arbeidsgiver har vist til at det er gjort enkelte tiltak for å sikre riktig bemanning i lys av Fylkesmannens anmerkninger om kompetansesammensetning. Imidlertid er verken Fylkesmannens vurdering, eller de aktuelle tiltakene konkretisert eller dokumentert i en slik grad at nemnda kan legge til grunn at behovet for arbeidstakers merarbeid har bortfalt.

Nemnda har dermed kommet til at As merarbeid må gi full uttelling ved beregning av utvidet stilling etter arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

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 1276,5 timer utover avtalt arbeidstid i beregningsperioden, noe som tilsvarer en stillingsprosent på 76,51. Samlet utgjør dette en stillingsprosent på 96,51.

Konklusjon

Arbeidstaker har rett til økning av sin stilling med en stillingsprosent på 76,51.

Tvisteløsningsnemnda

Steffen G. Rogstad
nestleder

16.04.2019

Til orientering:

Tvister som nevnt i §§ 10-13, 12-14, 14-3 og 14-4a 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 tidspunkt parten ble underrettet om nemndas avgjørelse, jf. arbeidsmiljøloven § 17-2 (3)